

CAV. LUIGI SUÑER

AUTORE DRAMMATICO

nato all' Avana il di 11 Fabbraio 1832

N. 1881. *16 Maggio 1892*

MANUEL

DE

DROIT ROMAIN.

Utinam, qui hoc tempore jus nostrum interpretantur, Papinianum imitati, quæ vel falso vel inepte aliquando et senserint, et scripserint, ingenue retractent, nec eis contra quam postea resciverint, tam obstinato tamque obfirmato animo, uti faciunt, perseverent.

CUJACIUS, *Observ.* II, 37.
(Edit. Neap. t. III, p. 53.)

MANUEL

DE

DROIT ROMAIN,

CONTENANT

LA THÉORIE DES INSTITUTES,

PRÉCÉDÉE D'UNE

INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN;

Par F. Mackeldey,

ANCIEN CONSEILLER INTIME DE JUSTICE DE S. M. LE ROI DE PRUSSE, PROFESSEUR ORDINAIRE DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BONN.

TRADUIT DE L'ALLEMAND PAR J. BEVING,

Avocat à la Cour d'Appel de Bruxelles.

TROISIÈME ÉDITION,

REVUE, CORRIGÉE ET AUGMENTÉE, D'APRÈS LA DERNIÈRE ÉDITION ALLEMANDE.



Bruxelles,

SOCIÉTÉ TYPOGRAPHIQUE BELGE,

AD. WAHLEN ET Cie.

PARTIE DE JURISPRUDENCE. — H. TARLIER GÉRANT.

1846.

PRÉFACE DE LA 1RE ÉDITION BELGE.

Le *Manuel de droit romain* de F. Mackeldey, dont nous publions pour la première fois la traduction en français, parut en 1814, sous le titre de *Manuel des Institutes du droit romain moderne*. Le succès immense que cet ouvrage obtint, dès son apparition dans le monde scientifique, ne cessa d'augmenter : il devint, en peu d'années, un livre pour ainsi dire européen. Dix éditions, publiées successivement en 1814, 1818, 1820, 1822, 1823, 1825, 1827 1829, 1831 et 1833, et tirées chacune à plusieurs milliers d'exemplaires. furent répandues dans toute l'Allemagne.

Mais ce n'est pas seulement dans sa patrie que cet ouvrage fut généralement adopté, il fut plusieurs fois traduit, en partie, dans des langues étrangères.

En 1825, l'*Introduction* fut traduite et parut sous le titre suivant :

« *Introduction à l'étude du droit romain*, traduite de l'allemand de » F. Mackeldey, par L. Étienne, à Paris, 1825. — Ensuite, précédée d'un » Précis encyclopédique et suivie d'une nouvelle restitution de la loi des » XII Tables et de l'Édit perpétuel, par L.-A. Warnkoenig, à Mons, 1826. »

Cette traduction française fut suivie d'une autre en espagnol :

« *Introduccion el estudio del derecho romano,* extractado de los elementos » de Mackeldey par D.-L. Collantes Bustamente, Madrid, 1829 ; avec un ap- » pendice sur l'influence du droit romain sur la jurisprudence espagnole. »

Une traduction russe porte le titre suivant, qu'à défaut de lettres russes je ne puis donner qu'en le traduisant :

« *Droit civil romain,* exposé d'après Mackeldey, par Nicol. Roschdes-» twensky. Tome I, contenant une histoire abrégée et la partie générale du » droit civil romain, publié aux frais de Wladimir Andrejewitsch Moltschanow ; » Saint-Pétersbourg, imprimerie de Charles Kray, 1829. Tome II, contenant la » partie spéciale du droit civil romain, avec des renvois à quelques lois civiles » de Justinien, renfermées dans la seconde partie de la *Kormtschage-Kniga ;* » Ibid., 1830. »

L'auteur de cette traduction a omis et retranché bien des passages, surtout dans l'*Introduction* et dans les notes, et en a ajouté plusieurs autres qui se rapportent au droit romain en vigueur en Russie.

La vogue universelle du Manuel imposa à l'auteur le devoir de le perfectionner de plus en plus : il était persuadé qu'un Manuel, surtout lorsqu'il est destiné à l'enseignement élémentaire, doit constamment suivre les progrès de la science et accueillir les améliorations dont elle s'enrichit par les recherches nouvelles des savants. Mackeldey avait si bien compris cette vérité, que l'amélioration de son ouvrage devint le but constant de ses travaux, et que, dans ses dernières éditions surtout, il changea non-seulement le titre de son livre, mais adopta également un autre système, différent de celui qu'il avait suivi jusqu'alors, et se conforma aux conseils de plusieurs savants.

« Je dois beaucoup d'améliorations, dit-il, aux judicieuses critiques de M. le conseiller intime de justice, chevalier Hugo (*Gœtt. gel. Anz.* 1831, n° 117), et à MM. les professeurs V. Buchholtz, à Kœnigsberg (*Hall. alg. Lit. Zeit.* 1829, n° 85-87), Warnkœnig, à Gand [1] (*Schunck's Jahrb.* t. XVIII, p. 12) et A. Kriegel, à Leipzig (*Leipz. Litt. Zeit.* 1831, n° 278). »

Les profondes études auxquelles il se livrait lui démontraient-elles que les opinions qu'il avait précédemment émises étaient erronées, il n'hésitait pas à en adopter de meilleures. « L'erreur que l'on reconnaît, dit-il, n'est-elle pas toujours un pas vers la vérité ? L'aveu et la rétractation volontaires d'une fausse opinion ne sont-ils pas le plus bel hommage qu'un auteur puisse offrir à la science, et je dirai presqu'à lui-même ? Car, reposant sur une conviction plus forte, ils dérivent à coup sûr d'une source bien plus noble que le soin mesquin de vouloir acquérir la renommée d'auteur infaillible ! »

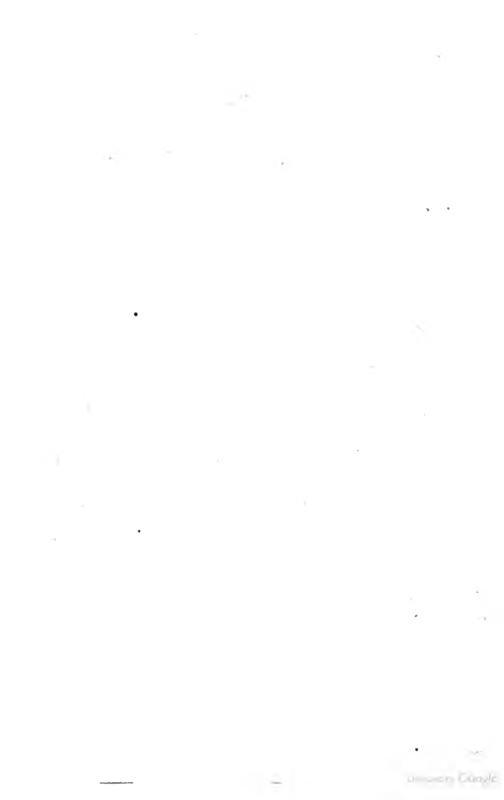
Mackeldey, qui avait doté l'enseignement élémentaire du droit romain d'un ouvrage si bien conçu dans son ensemble et si bien exécuté dans l'exposition des matières, était sur le point de publier un *Manuel des Pandectes,* lorsqu'il fut enlevé à ses nombreux amis et à la science, en 1834.

Si la traduction que nous offrons aujourd'hui au public, et qui est faite sur la

[1] Aujourd'hui professeur de droit romain à l'université de Fribourg, dans le grand-duché de Bade.

dixième et dernière édition de l'original allemand, présente quelques imperfections sous le rapport de l'expression, il faut en accuser la difficulté du travail et le style de l'auteur, quelquefois difficile à reproduire en français. Toute notre ambition se borne à rendre plus agréable et moins fatigante aux jeunes gens, l'étude d'une matière déjà si difficile et si compliquée par elle-même, et, sans les dispenser d'assister aux leçons académiques, de leur donner un guide sûr, concis et embrassant toute l'étude élémentaire du droit romain. Puissions-nous avoir atteint notre but !

Bruxelles, le 15 octobre 1837.



INTRODUCTION,

CONTENANT

LES CONNAISSANCES GÉNÉRALES, HISTORIQUES ET LITTÉRAIRES,

NÉCESSAIRES

A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN.

INTRODUCTION

A L'ÉTUDE DU DROIT ROMAIN [1].

SECTION PREMIÈRE.

NOTIONS GÉNÉRALES DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

§ 1. *Idée de droit et de loi en général.*

On appelle généralement *droit*, tout ce qui est conforme à une *loi*, c'est-à-dire à une règle générale et obligatoire.

Cette loi est *physique* ou *naturelle*, quand elle a son principe dans une nécessité de la nature, de telle sorte qu'on ne *puisse* agir contrairement à son précepte; elle est *morale*, quand son principe repose sur une nécessité de la raison, de telle sorte qu'on *peut* agir contrairement à sa prescription, mais qu'il est défendu de le faire. Ainsi, les lois naturelles déterminent la possibilité et la nécessité physiques des actions; les lois morales, au contraire, leur possibilité et leur nécessité morales. La science du droit ne s'occupe que des lois morales [2].

§ 2. *Du droit, sous le rapport de la liberté d'agir.*

Sous le rapport de la liberté d'agir, le mot allemand *Recht* a, comme le mot latin *jus* et le mot français *droit*, une double signification :

A. Dans le *sens objectif*, on entend par là ces lois et ces règles que les hommes, en qualité d'êtres raisonnables, doivent observer dans leurs rapports réciproques, comme la norme de leurs actions libres. *Jus est norma agendi.* Si ces lois et ces règles sont d'une nature telle que les hommes vivant dans un Etat peuvent être forcés à les observer, par l'autorité constituée dans cet Etat, elles forment le *droit juridique*, par opposition à ces autres principes que la *morale* seule commande et dont l'observation ne peut être ordonnée par aucune force extérieure [3]. La conformité des actions de l'homme avec les principes du droit et qui repose sur sa libre détermination, s'appelle la *justice*, *justitia* [4].

B. Dans le *sens subjectif*, au contraire, le mot droit signifie faculté d'agir, ou la possibilité morale de faire quelque chose nous-même, ou d'exiger qu'un autre fasse ou omette quelque chose à notre avantage. *Jus est facultas*

[1] Les ouvrages les plus remarquables à consulter sont :

Christ. Glieb. Haubold, *Præcognita juris romani privati novissimi*. Lips. 1796.

Le même, *Institutionum juris rom. priv. historico-dogmaticarum lineamenta*. Lips. 1814. Post mortem auctoris denuo edidit Car. Ed. Otto. Lips. 1826. (In prolegomenis.)

Gust. Hugo, *Lehrb. der juristischen Encyclopædis*, ou *Manuel de l'Encyclopédie du droit*, 8e édition. Berlin, 1835.

Chr. Fréd. Glück, *Einleitung in das Studium des rœm. Privatrechts*, ou *Introduction à l'étude du droit civil romain*. Erlangen, 1812.

E. Spangenberg, *Einleitung in das Rœmisch-Justinianeische Rechtsbuch*, ou *Introduction à l'étude du Corps de droit romain*. Hanovre, 1817.

Ch. Fréd. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*. Halis Saxonum. 1823. Ed. tertia, ibid. 1830. (In proœmio.)

L. A. Warnkœnig, *Commentarii juris romani privati*. Leodii, 1825. (Introductio historico-litteraria et lib. I, cap. 1.)

W. Fréd. Clossius, *Hermeneutik des Rœm. Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis*, ou *Herméneutique du droit romain et Introduction au Corps de droit civil*. Riga et Dorpat, 1829.

Schilling. *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Rœm. Privat-Rechts*. Leip. 1837.

Warnkœnig, *Vorschule der Institutionen und Pandecten*. Fribourg en Brisgau, 1839.

[2] Hugo, *Encyclop.* 7e édit. p. 9. — Roussel, *Encyclopédie du droit*, § 2. Bruxelles, 1843.

[3] Hugo, *Encyclop.* p. 9-14.

[4] Pr. J. I, 1. « *Justitia* est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. » — Fr. 1, pr. § 1; fr. 10, pr. D. I, 1.

agendi. Dans ce sens, le *droit* indique un rapport favorable dans lequel un homme se trouve envers un antre [1].

§ 3. A. *Du droit dans le sens objectif.*
1. *Du droit naturel et du droit positif.*

Le droit, dans le *sens objectif*, se divise, suivant son origine, en *droit naturel* et en *droit positif.*

Par *droit naturel,* on entend ordinairement les principea de droit qui dérivent d'idées purement rationnelles, ou la théorie des conditiona généralea de la coexistence libre dea bommes dana l'Etat social [2].

Le *droit positif,* au contraire, est le droit qui eat basé sur des faits historiques, ou l'ensemble des préceptes qui, dans un Etat particulier, aont reconnua et suivis comme principes de droit [3]. Le fondement de tout droit positif est dans le sentiment et la volonté d'une nation qui considère et observe quelques normea comme son droit; et chez chaque peuple, lea mœurs et le caractère national, la religion et la forme du gouvernement, ainsi que beaucoup d'événements et de circonstauces accidentelles, ont la plus grande influeuce sur cette espèce de droit. Cette considératiou explique, d'un côté, la différeuce qui existe entre le droit positif dea diverses nations, taudis que le droit naturel est le même partout; et d'un autre côté, pourquoi, dérivant de la raison commune à tous les hommes, le droit naturel doit être considéré comme la base de tout droit positif [4].

§ 4. 2. *Des sources du droit positif.*

Le droit positif d'une nation, eu égard au mode de aon introduction et aux sources dont il dérive, repose, partie sur des lois expresses émanées du pouvoir souverain dans l'Etat (*jus quod ex scripto constat*), partie sur des usages et des coutumes (*jus quod sine scripto venit*) [5].

§ 5. a. *Du droit qui dérive des lois.*

La *loi,* daua le *sens juridique*, est un précepte émané de l'autorité souveraine dans l'Etat, et auquel les aujeta de cet Etat sont soumis. Ainsi, la loi juridique est basée sur la volonté du législateur. Mais pour que la loi acquière une force obligatoire, il est nécessaire qu'elle soit portée à la connaissance de toua ceux qui doivent se gouverner d'après elle. L'acte par lequel l'autorité souveraine dans l'Etat rend cette loi publique afin qu'elle soit observée, s'appelle la promulgation de la loi (*promulgatio legis*) [6], qui peut avoir lieu de diversea manières. Avant la promulgation, la loi n'a aucune force obligatoire. De là le principe, qu'elle n'agit que pour l'avenir et n'a paa d'effet rétroactif (*lex nova ad prœterita trahi nequit*) [7].

---

[1] Pr. J. II, 3.

[2] C'est pour cette raison qo'oo l'appelle aussi *droit philosophique* ou *métaphysique du droit,* qu'il ne faut pas confondre avec la philosophie du droit positif (§ 9). Sur les différents systèmes de droit naturel, v. Falck, *Jurist Encyclopædia,* ou *Encyclopédie du droit.* 3e éd. § 48-57. — Conr. J. Al. Baumbach. *Lehrbuch des Naturrechts, als einer volksthümlichen Rechtsphilosophie.* ou *Manuel du droit naturel.* Leipzig. 1823. (Introduction.) — *Fr. J. Stahl, Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht,* ou *La Philosophie du droit sous le point de vue historique.* T. I, II, III. Heidelberg, 1830; 1834, 1837.

[3] Chez les Romains, on l'appelait *jus civile* ou *jus proprium civitatis.* § 1, J. I, 2. — fr. 9, D. I, 1: « Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam *quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile.* »

[4] § 11, J. I, 2 : » Sed naturalia quidem jura, quæ apud omnes gentes peræqoe servantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atquo immutabilia permanent. Ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel tacito consensu populi vel alia lege postea lata. » — Cpr. aussi le fr. 6, D. ibid.

[5] § 3, 9, J. I, 2. — fr. 6, § 1, D. I, 1.

[6] Chez les Ramains, do temps de la république, *promulgare legem,* c'était faire connaître publiquement le projet d'one loi, avant qu'elle ne fît l'objet des délibératians dans les camices, afin que chacun pût la méditer d'avaoce. *V.* le § 21. Mais déjà chez Justinien, on trouve cette expression employée dans le sens que les modernes y attachent. Procœm. Inst. § 1 : « Omnes vero populi *legibus jam a nobis promulgatis vel compositis* reguntur. »

[7] Const. 7, C. I, 14. — Nov. 22, chap. 1. — Nov. 66, chap. 1, § 4. — Chap. 2, 13. X. I, 2.

Bibliographie : Gœnner, *Archiv für Gesetzgebung und Rechtsw.* ou *Archives pour la législatian et la jurisprudence;* Ier vol. n° 10. — Chabot de l'Allier, *Questions transitoires.* Paris, 1809. 2 vol. — Blondeau, *De l'effet rétroactif de la loi.* — Le même, *Thémis,* t. VII, p. 347. — Weber, *Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze,* ou *De l'effet rétroactif des lois positives.* Hanovre, 1811. — Herrestorf, *Idem.* Düsseldorf, 1812 et Francfort, 1815. — J. D. Meyer, *Principes sur les questians transitoires.* Amsterd. 1813. — Th. Wiesen, *Ueber die rückwirkende Kraft der Gesetze,* ou *De l'effet rétroactif des lois.* Wetzlar, 1814. — Fr. Bergmano, *Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze,* au *Sur la non-rétroactivité des lois.* Gœtt. 1818. — Jordan, *Ueber rückwirkende Kraft der Gesetze,* ou *De l'effet rétroactif des lois,* daos la *Bibliothèque du jurisconsulte* (Cassel), 1er vol. p. 417. — F. Smits Verburg, *Diss. de lege in præteritum non revocanda.* Lugd.-Bat. 1823. — N. D. Simonis, *Diss. de jure civili haud retrotrahenda.* Leodii, 1826. — Merlin, *Répertoire universel,* t. XVI, v° *effet*

§ 6. b. *Du droit qui dérive des coutumes.*

Il n'y a pas do droit positif qui repose exelusivement sur des lois expresses; il y a toujours un grand nombre de prineipes qui, en tout temps et chez toutes les nations, existent et se développent par l'opinion et les mœurs du peuple, par les décisions de ses juges et par les interprétations et les développements scientifiques du droit déjà en vigueur chez le peuple [1]. L'ensemble de toutes ces règles do droit qui n'ont paa leur origine daos le commandement formel du législateur, mais qui ont été introduites par l'opinion, les mœurs et l'usage, s'appelle *droit coutumier*, ou *droit d'usage* [2]. Ses prineipes, fondés sur les mœurs et les coutumes, aur la jurisprudeneo ou sur l'opinion des jurisconsultea, ont une foree égale à eelle d'une loi formello [3].

§ 7. 3. *De la prééminence du droit récent sur le droit antérieur.*

Comme le droit d'un peuplo ne se développe que suceessivement, et que le cours du temps y introduit des ehangcments fréquenta [4], on conçoit que, pour ee qui eoncerne l'applieation pratique, les préceptes plus récents de droit, sana distinguer s'ils émanent des lois ou des eoutumes, ont la prééminence sur le droit antérieur [5]. C'est ce qu'on exprime par

rétroactif. — Jourdan, dans la *Thémis*, t. VI. — N. A. Zachariæ, *Ueber die rückwirkends Kraft neuer Strafgesetze*, ou *De l'effet rétroactif des nouvelles lois pénales.* Gœtlingue, 1834.

[1] Ou retrouve déjà chez les Romains celle manièra d'envisager l'origine du droit positif. Quintilien, *Inst. orat.* lib. V, e. 3 : « Pleraqua in jure *nan legibus, sed moribus* constaul. » — fr. 32, pr. D. I, 3 : « De quibus causis scriptis legihus nou utimur, ul custodiri oporlet, quod *moribus et consuetudine* induetum est. » — fr. 35, ib. : « Sed et ea quæ longa cousuetudina comprobata sunt, velut taeita civlum conventio, *non minus, quam ea quæ scripta sunt jura*, servantur. » — fr. 40, ibid. : « Omne jus aut consensus fecit, aul uecessitas constituit, aut firmavit cousuetudo. » — Cpr. Code, VIII, 53. — Le droit coutumier est défendn de la manièra la plus ingénieuse par Hugo, *Encyelop.* 7e éd. p. 19 et *Philosophie des positiven Rechts*, ou *Philosophie du droit positif*, 4e éd. § 133. 134; De Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*, ou *De la vocation de notre siècle pour la législation et la jurisprudence.* Heidelberg, 1814; 2e éd. 1828. — Cpr. aussi : J. Hinlopen, *Disp. de jure qnod e moribns proficiscitur ipsius juris seripti fonte.* Traj. ad Rh. 1800. — Warnkœnig, *Versuch einer Begründung des Rechts durch eine Vernunftidee*, ou *Déduction dn principe fondamental du droit d'une loi innée de la raison.* Bonn, 1819, p. 25. — Schrader, *Die prætor. Edicte der Rœmer auf unsere Verhœltnisse übertragen*, ou *Les Edits des préteurs romains appliqués à l'état aetuel de la législation.* Weimar. 1816, p. 5 et suiv. — W. H. Puchta, *Uber das Institut der Schiedsrichter*, ou *De l'institution des arbitres.* Erlangen, 1823, p. 15. — Chez les Français ou trouve : *Les Codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas.* Portalis, *Discours préliminaire du premier projet du Code eivil*; dans la *Conférence dn code eivil.* Paris, 1805, t. I, p. 27. — Roussel, § 9.

[2] Cicéron, *de Inventione*, II, 22 : « *Consuetudinis jus* esse pulatur id, quod voluntata omnium sine lege velustas comprobavit. » — Ulpien, *Fragm.* pr. § 4 : « *Mores* sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus. »

Bibliographie : Ger. V. D. Buscha, *De Consuetudine.* Gœtt. 1752. — E. A. Haus, *Uber den rechtl. Werth des Gerichtsgebrauchs*, ou *De l'importance de la jurisprudence des tribunaux.* Erlangen. 1789. — Maurer, *Jurist. Abhandl.* ou *Traités de droit*, t. I, nos 4-6. — Grolman, *Uber das Gewohnheitsrecht und den Gerichtsgebrauch*, ou *Du droit coutumier et de la jurisprudence*, dans son *Mag. für die Philosophie des Rechts und die Gesetzgebung*, ou *Magasin pour la philosophie du droit et la législation*, t. I, cahier 2, p. 151. — Guilleaume, *Abhandlungen der Rechtslehre von der Gewohnheit*, ou *Traités du droit coutumier.* Osnabrück, 1801. — Volkmar, *Beitr. zur Theorie des Gewohnheitsrechts*, ou *Traité théorique du droit coutumier.* Brunswick, 1806. — Schœman, *Revision der Lehre vom Gewohnheitsrechte*, ou *Révision des théories sur le droit coutumier*; dans son *Handbuch des Civilrechts*, ou *Manuel du droit eivil*, t. I, p. 28. — Klœtzer, *Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrechts*, ou *Essai d'une révision de la théorie du droit coutumier.* Jéna, 1813. — Seuffert, *Erœrt. einzelner Lehren des Rœm Privatrechts*, ou *Quelques dissertations sur le droit eivil romain*; vol. I, no 5. — Gesterding *Beisteuer zur Theorie vom Gewohnheitsrechts*, ou *Supplément aux théories sur le droit coutumier*; dans les *Archives pour la pratique civile*, vol. I, no 5. — Jordan, *Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch*, ou *Remarques sur la jurisprudence*, dans le même ouvrage, t. VIII, p. 191. — Schmidt, *Versuch einer Theorie des Gewohnheitsrechts, nach rœm. can. und sæchs. Gesetzen*, ou *Essai d'une théorie du droit coutumier d'après les lois romaines, canoniques et saxonnes.* Leipz. 1825. — Puchta, *Das Gewohnheitsrechts*, ou *Le droit coutumier.* Erlangen, 1828. — J. Ch. Kall. *Observ. de jure non scripto.* Hafniæ, 1828.

[3] § 9, J. I. 2 : « Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utantium comprobati, *legem imitantur.* » — fr. 32, § 1, D. I, 3 : « *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur* (et hoc est *jus*, quod dicitur *moribus constitutum*). » — La coutume ne doit être contraire ni à la raison, ni aux bonnes mœurs, ni au bien de l'Etat fr. 39, D. I, 3. — Const. 2, C. VIII, 53. — Nov. 134. ch. 1.

[4] § 11, J. I. 2 : « Ea vero, quæ ipsa sibi quæque civitas constituit, sæpe mutari solent, vel taeito consensu populi, vel alia postea lege lata. »

[5] Fr. 4, D. I, 4 : « Constitutiones tempore posteriores, potiores sunt his, quæ ipsas præcesserunt. » — fr. 32, § 1, D. I, 3 : « Quare rectissime etiam illud receptum est, *ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* »

La Const. 2, C. VIII, 53, ainsi conçue : « Consuetudinis ususque longævi non viiis auetoritas est : verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem

la règle : *lex posterior* (ou mieux, *jus posterius*) *derogat priori*.

§ 8. 4. *Du droit public et du droit privé.*

Relativement à son objet, le droit positif d'un peuple se divise en *droit public* et en *droit privé*. Le *droit public* (*jus publicum*) est l'ensemble des préceptes qui ont rapport à la constitution et à l'administration de l'Etat, c'est-à-dire aux relations de la puissance souveraine avec ses sujets. Le *droit privé* (*jus privatum*) comprend les principes qui règlent les rapports de droit existant entre les citoyens comme particuliers [1].

§ 9. 5. *De la jurisprudence.*

La jurisprudence (*jurisprudentia*) est la science des règles de droit d'après ses principes et ses sources [2]. La simple connaissance du droit et des lois en vigueur dans un Etat ne constitue pas à elle seule la jurisprudence; la connaissance du droit ne mérite le nom de science que lorsqu'elle est liée à la philosophie et à l'histoire du droit.

La jurisprudence s'occupe donc à résoudre les questions suivantes :

1° Qu'est-ce qui est *droit* d'après l'idée attachée à ce mot? C'est ce que nous enseigne la *science philosophique du droit* ou le *droit naturel* (§ 3).

2° Qu'est-ce qui est réellement *droit?* Cette question forme l'objet de la *science du droit positif* et se divise en trois autres :

a) Quel est le droit existant dans tel Etat donné? La *dogmatique du droit* nous l'apprend.

b) Comment ce droit s'est-il formé? L'*histoire du droit* nous l'enseigne.

c) Ce droit est-il conforme à la raison? C'est ce qu'examine la *philosophie du droit* [3].

§ 10. B. *Du droit dans le sens subjectif.*
1. *Droit et devoir.*

Un droit, dans le *sens subjectif*, est la faculté de faire quelque chose ou d'exiger qu'un autre le fasse (§ 2). A l'idée de droit dans ce sens, correspond l'idée de *devoir* (*officium*, mais non *obligatio*) [4]. Par devoir, on entend une nécessité imposée à nos actions par la raison. De même que le droit renferme une *possibilité* morale, une faculté d'agir, de même le devoir suppose une *nécessité* morale, une obligation. Droit et devoir sont des idées corrélatives, c'est-à-dire que l'une ne se conçoit pas sans l'autre.

§ 11. 2. *Des devoirs parfaits et des devoirs imparfaits.*

Au droit d'un individu correspond toujours un devoir de la part d'un autre. Pour que le premier puisse être exercé, il faut que le second soit rempli. Chacun doit, il est vrai, suivant la raison et sa conscience, être volontairement porté à accomplir *tous* ses devoirs; mais s'il ne le fait pas, on se demande jusqu'à quel point il peut y être astreint par une contrainte de la part de l'autorité dans l'Etat. Il y a donc entre les devoirs imposés à l'homme une différence remarquable. Il existe des devoirs qu'on ne peut nous contraindre à remplir; il y en a d'autres dont l'accomplissement peut être exigé par la force de l'autorité (§ 2). Les uns sont appelés des *devoirs imparfaits*, c'est-à-dire imposés par la morale ou la conscience; les autres sont des *devoirs parfaits*, c'est-à-dire

vincat *aut legem*, » paraît être en contradiction avec le fr. 32 cité. Mais les mots *aut legem* ne signifient pas ici toute loi quelconque, mais bien une loi qui ordonne ou défend quelque chose pour le bien public et l'ordre général, et qui, pour cette raison, est en dehors de l'autonomie du peuple : le précepte « *jus publicum, quod pactis privatorum mutari non potest* » démontre qu'il en était ainsi en droit romain. fr. 38. D. II, 14. — fr. 3, D. XXVIII, 1. — *V.* sur les diverses interprétations de la const. 2 citée : Fr. C. Conradi. *De Consuetudine legem haud vincente*. Helmst. 1745. — Hœpfner, *Comm.* § 58. — Hübner, *Berichtigungen*, ou *Corrections sur le même*, p. 167. — Schœmann. *Handb. des Civilrechts*, ou *Manuel du droit civil*, t. I, p. 56. — Schweppe, *Handb. des Rœm. Privatrechts*, ou *Manuel du droit civil romain*, t. I, § 34. — Seuffert, *Erœrterungen*, sect. I, p. 23. — Klœtzer, *Vom Gewohnheitsrecht*, § 18. — Schmidt, *Idem*, § 25-28. — Gesterding, dans *Archiv*, t. III, p. 271. — Schilling, *Bemerkungen über Rœm. Rechtsgesch.* ou *Remarques sur l'histoire du droit romain*, p. 393. — Schweitzer, *De consuetudine*. Lips. 1801. — Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. I, p. 81-91, 117, 118.

[1] § 4. J. I, 1. — fr. 1, § 2, D. I, 1.

[2] § 1. J. I, 1. — fr. 1. pr. § 1, D. I, 1.

[3] Nous avons déjà fait remarquer, au § 3, note 2, qu'on ne doit pas confondre la *Philosophie du droit positif* avec la *Science philosophique du droit* ou le *Droit naturel*.

[4] On n'appelle jamais, chez les Romains, *obligatio*, ce que nous entendons communément par *devoir* et *obligation en général*; mais seulement une sorte particulière de droit auquel nous donnons le nom de *créances et dettes*.

à l'exécution desquels on peut nous forcer [1].

§ 12. 3. *Des droits parfaits et des droits imparfaits.*

A ces différents devoirs correspondent autant de droits. Un droit notamment qui répond à un devoir imparfait, est un *droit imparfait*, un *droit moral*. Un droit, au contraire, qui correspond à un devoir parfait, est un *droit parfait*, un *droit dans le sens propre*, un *droit juridique*. C'est de cette espèce de droit seulement que s'occupent les législations et la jurisprudence, tandis que les droits imparfaits appartiennent au domaine de la morale.

§ 13. 4. *De la garantie accordée par l'État aux droits juridiques.*

Le droit parfait suppose, d'après sa nature, que celui qui en est investi peut le faire respecter par la force. Mais il ne peut exercer cette contrainte par lui-même, parce que celui qui se prétend lésé dans ses droits ne peut être lui-même juge de cette question, et parce que celui qui a été lésé ne possède pas toujours la force nécessaire pour exercer sa contrainte; celle-ci doit donc venir du pouvoir souverain dans l'Etat, expressément institué pour protéger et garantir le droit et la liberté de l'un contre les violations et les attaques des autres. Une semblable contrainte n'étant possible que dans un Etat, on ne conçoit pas qu'il puisse, proprement dit, exister de droit *juridique* hors de l'Etat social; ou en d'autres termes, hors de l'Etat, il n'existe et il n'a jamais existé de position légale parmi les hommes [2].

§ 14. 5. *Du sujet et de l'objet du droit.*

Toute espèce de droit se rapporte à un *sujet* et à un *objet*. On appelle *sujet*, la personne à qui un droit compète; l'*objet* du droit est ce sur quoi le droit est dirigé. A proprement parler, il n'y a que les actions extérieures qui puissent être l'objet du droit, parce que ce n'est que par rapport à elles qu'on peut poser des limites à la liberté de l'homme; les actes *intérieurs*, les pensées et les désirs ne peuvent être empêchés ni contraints par aucune force humaine.

§ 15. 6. *Classification générale des droits.*

Les droits que l'Etat reconnaît et protége dans chacun de ses membres sont :

1° Des droits qui ont rapport à la *capacité* d'un individu, c'est-à-dire à ses qualités personnelles, sans lesquelles il ne pourrait nulle part, dans un Etat, être reconnu comme pouvant avoir des droits;

2° Des droits qui, présupposant la capacité d'un individu, s'attachent à ses *relations de famille*;

3° Enfin, des droits qui se rapportent à ses biens, et ces derniers se subdivisent en *droits réels*, lorsque la personne les exerce sur une chose immédiatement soumise à son pouvoir, et en *droits personnels* (*créances*), lorsqu'ils tendent à obtenir une prestation de la part d'une personne qui est particulièrement obligée. Les droits relatifs à la capacité, aux droits de famille, et les droits réels sont du reste *absolus*, c'est-à-dire que leur reconnaissance peut être exigée d'un chacun, et qu'en conséquence ils peuvent être poursuivis contre quiconque y porte préjudice. Les droits personnels ou créances sont au contraire des droits *relatifs*, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être poursuivis que contre la personne de celui qui les a contractés.

§ 16. 7. *Classification générale des devoirs.*

Le devoir qui correspond à un droit est ou *général* et *négatif*, ou il consiste dans une *obligation personnelle* et *positive*. Le premier est imposé à tous les hommes, excepté à celui auquel il compète, et consiste en ce qu'il ne leur est permis en aucune manière de troubler l'exercice de ces droits; l'obligation pro-

[1] Les Romains n'avaient pas de mots propres pour distinguer l'idée des devoirs parfaits de celle des devoirs imparfaits. Le mot *officium* les comprenait toutes deux. Pour indiquer un devoir parfait, ils avaient les expressions : *cogendus est, tenetur, necesse est, habet, debet, debetur*. Les modernes ont pour cela, *obligatio perfecta, necessitas legitima, officium jure positum, etc.*

[2] L'Etat ne met aucune condition à l'idée de droit et de devoir *en général;* mais le droit *juridique* ou *de contrainte* présuppose naturellement que celui qui est en droit d'exiger, aussi bien que celui qui est obligé de faire, sont soumis à une puissance souveraine qui leur est commune. Falck, *Encyclop.* § 1.

prement dite n'est imposée qu'aux personnes qui sont spécialement engagées et auxquelles elle impose la nécessité d'effectuer ce que l'ayant-droit peut exiger d'elles en vertu de son droit. Les premières répondent aux droits absolus, les secondes aux droits relatifs.

§ 17. 8. ***Des actions et des exceptions.***

Quiconque a un droit peut le poursuivre en justice, si on le lui conteste. Aux moyens qui ont pour but de poursuivre un droit ou de s'y maintenir, appartiennent les *actions* (*actiones*), et les exceptions (*exceptiones*).

SECTION II.

HISTOIRE DES SOURCES DU DROIT ROMAIN.

§ 18. I. *Du droit romain et de son histoire.*

Le *droit romain*, en général, est l'ensemble des règles de droit qui ont été en vigueur chez les Romains, ce peuple célèbre de l'antiquité, à quelque époque qu'elles aient été fondées [1]. L'*histoire de ce droit* se partage, d'après une division communément adoptée aujourd'hui, en *histoire externe* et en *histoire interne*. La première ne s'occupe que des sources du droit, et des travaux dont elles ont été l'objet; la seconde traite du contenu de ces sources, et expose la destinée des règles de droit, d'après leur origine, leurs progrès successifs et les modifications qu'elles ont subies [2].

§ 19. II. *Des sources de l'histoire du droit romain* [3].

Aux sources de l'histoire du droit romain, appartiennent en particulier :

1° Les recueils eux-mêmes de droit romain, tant anciens que nouveaux, avec leurs décrets de publication.

2° Tous les documents d'anciennes lois, bien qu'ils ne soient venus à nous que par débris [4], comme les fragments des *Douze Tables*, ceux de quelques *Leges agrariæ*, notamment de la loi *Thoria* (an de Rome 647) [5]; ceux de quelques *Leges judiciariæ*, notamment de la loi *Servilia repetundarum* (an de Rome 654) [6]; surtout aussi les fragments de la loi *Julia* et *Papia Poppæa;* ensuite, les fragments d'une

---

[1] Dans un sens plus restreint, on entend par ce mot le droit romain compilé par Justinien.

[2] *V.* sur la méthode de traiter l'histoire du droit : Hugo, *Geschichte des Rœm. Rechts.* 11° édit. p. 33 et suiv. — Th. M. Zachariæ, *Ueber die Wissenschaft einer innern Rechtsgeschichte des Rœm. Privatrechts*, ou *De la science d'une histoire interne du droit civil romain.* Breslau, 1802. — Thibaut, *Ueber das Studium der Rœmischen Rechtsgeschichte*, ou *Sur l'étude de l'histoire du droit romain*, dans les *Heidelb. Jahrbücher*, 1808, p. 1 et suiv. *Jurid. Archiv von Gœnner, Gmelin und Tafinger*, t. VI, p. 221. — Rudhart, *Sur l'étude de l'histoire du droit romain.* Wurtzbourg, 1811. — Ed. Platner, *Ueber die Wissentschaftliche Behandlung der rœm. Antiquitæten*, ou *De la manière scientifique de traiter les antiquités romaines.* Marbourg, 1812. — Savigny, dans la *Zeitsch. für gesch. RW.*, t. I, p. 1-17. — Zimmern, *Gesch. des Rœm. Privatrechts*, ou *Histoire du droit civil romain.* Heidelberg, 1826, § 1. — Schilling, *Bemerk. über Rœm. RG.* p. 3-14. — Holtius, *Hist.* procem.

[3] Chr. Gottl. Haubold, *Institutiones juris romani literariæ.* Lips. 1809, t. I, pars 2, p. 217. — Le même, *Anleitung zur genauen Quellen-Kunde des Rœm. Rechts im Grundrisse*, ou *Introduction à la connaissance approfondie des sources du droit romain.* Leipzig, 1818. — Hugo, *RG.* p. 4 et suiv. — Zimmern, *RG.* t. I, p. 2-8. Une revue très-exacte et complète des meilleures sources du droit romain et des bibliographies grecque et latine, découvertes depuis 1813, principalement au moyen des *codices rescripti*, se trouve dans l'ouvrage qui a pour titre *Hermès*, t. XXIV, p. 318 et suiv.; t. XXV, p. 271 et suiv.; cette revue est due à A. W. von Schroeter.

[4] Spangenberg, *Juris romani tabulæ negotiorum solemnium modo in ære, modo in marmore, modo in charta superstites.* Berol. 1821. — Chr. Gottl. Haubold, *Antiquitatis romanæ monumenta legalia extra libros juris romani sparsa;* post mortem auctoris edidit Ern. Spangenberg. Præmissa est notitia historico-dogmatica omnium antiquitatis romanæ momumentorum extra libros juris romani sparsa. Berol. 1830. — Clossius, *Hermeneutik des Rœm. Rechts*, ou *Herméneutique du droit romain.* Riga et Dorpat, 1829, p. 54-60.

[5] Elles ont été publiées par Ursinus, à la suite du *Liber de legibus et Sctis*, de A. Augustinus. Romæ, 1584, n° 1-7.

[6] *Fragmenta Legis Serviliæ repetundarum ex tabulis æreis primum conjunxit, restituit, illustravit* C. Aug. Car. Klenze. Berol. 1825.

table d'airain trouvée à Héraclée, près de Tarente, en 1732, d'où ils ont reçu le nom de *Tabula Heracleensis* (entre 664 et 680 de Rome) [1]; la loi *Rubria* ou, cemme on l'a appelée jusqu'ici, *de Gallia cisalpina* (après 711 de Rome) [2]; une table d'airain qui contient une liste de fonds de terre destinés par Trajan à un hospice d'orphelins; elle est ceunue sous le nom de *Obligatio prædiarum* ou *Tabula Trajani alimentaria* (856 de Rome) [3]; le *Senatusconsultum de imperio Vespasiani;* le sénatusconsulte contre les Baccbanales, ou *SC. de Bacchanalibus*, et les fragments de l'édit du préteur, ainsi qu'un édit de *Dioclétien* sur la prisée des objets [4].

3° Beaucoup d'auteurs anciens grecs et romains, jurisconsultes et autres. Nous nous occuperons plus loin, aux §§ 47, 48 et 57, en particulier, du petit nombre d'écrits des jurisconsultes romains et de leurs fragments qui sont venus jusqu'à nous. On remarque surtout l'histoire (externe) du droit par *Pomponius*, au fr. 2, D. *de orig. juris*, I, 2; les *Institutes* de *Gajus;* les *Fragments* d'*Ulpien*, et la *Paraphrase grecque des Institutes de Justinien*, par *Théophile* [5]. Parmi les auteurs non jurisconsultes, les suivants nous offrent la moisson la plus abondante : *Polype*, *Denys d'Halycarnasse* [6], *Cicéron* [7], *Tite-Live*, *Valère-Maxime*, *Tacite*, *Plutarque*, *Pline l'ancien et Pline le jeune* [8], *Suétone*, les *Scriptores Historiæ Augustæ et Byzantinæ* [9], *Jean de Lydie* [10], et les *Grammairiens*, dont les principaux sont : *Varron*, *Sénèque*, *Quintilien*, *Asconius Pedianus*, *Aulu-Gelle*, et plus tard, *Sextus Pompejus Festus*, *Servius et Boëce* (*Boëthius*). Enfin, l'on peut aussi mentionner les *Scriptores rei agrariæ rusticæ*, et *Vitruvius*, sur l'architecture, ainsi que les Pères de l'église latins et grecs.

§ 20. III. *Périodes de l'histoire du droit romain.*

Les périodes de l'histoire des sources du droit romain et de leur développement ont été le mieux établies par Gibbon [11]; Hugo les a adoptées. Ce sont les suivantes : la *première* finit aux *Douze Tables;* la *seconde* à *Cicéron;* la *troisième* à *Sévère-Alexandre;* la *quatrième* à *Justinien* [12].

---

[1] *Fragmentum legis romanæ in aversa tabulæ heracleensis parte.* Notis criticis et commentario illustravit Gust. Marezoll. Gœtt. 1816. — H. Ed. Dirksen, *Observationes ad tabulæ Heracleensis partem alteram, quæ vulgo æris neapolitani nomine venit.* Berol. 1817. — Le même, *Bemerkungen über die erste Hælfte der Tafel von Heraclea*, ou *Remarques sur la première moitié de la Table d'Héraclée*, dans ses *civ. Abh.* t. II, n° 2.

[2] C'est dans les ruines de Velleia qu'a été trouvée, le 24 avril 1760, la *Loi de la Gaule cisalpine.* Les travaux avaient été conduits aux frais du grand-duc de Parme, par M. Costa. Après avoir été successivement placée dans la Bibliothèque et dans le Musée de Parme, la *Table de la Gaule cisalpine* fut envoyée à Paris, avec la *Table de Trajan*, le 27 juin 1803; elles ont été toutes deux rétablies au Musée de Parme, le 23 février 1816. — H. Dirksen, *Diss. proponens observationes ad selecta legis Galliæ Cisalpinæ capita.* Berol. 1812. — Tavola legislativa della Gallia Cisalpina ritrovata in Velleja nell' anno MDCCLX e restituita alla sua vera lezione da *D. Pietro de Lama*, colle osservationi di e annotazioni di due celebri giurisconsulti Parmigiani. Parma. 1820.

[3] Fréd.-Aug. Wolf, *Von einer milden Stiftung Trajans* ou *Mémoire sur une fondation de bienfaisance de l'empereur Trajan.* Berlin, 1808. — *Quæstio antiquaria de pueris et puellis alimentariis.* Specimina tria, ed. Chr. Henr. Paufler. Dresd. 1809. — Tavola alimentaria Vellejate, detta Trajana, restituita alla sua vera lezione da *D. Pietro de Lama*, con alcune osservazioni del medesimo. Parma. 1819.

[4] *Transactions of the Royal Society of Literature.* London, 1827, vol I, part. 1, et Schultz, *Grundlegung zu einer geschichtl. Staatswissenschaft der Rœmer*, p. 631 et suiv. — *V.* aussi Spangenberg, *Monum. leg.* Appendice, p. 1-23.

[5] *V.* aussi : H. Ed. Dirksen, *Bruchstucke aus den Schriften der Rœm. Juristen*, ou *Fragments des écrits des jurisconsultes romains* (non parvenus à nous par la compilation de Justinien). Kœnigsberg. 1814.

[6] P. F. Schulin, *Diss. de Dionysio Halic. historico, præcipuo histor. jur. romani fonte.* Heidelberg, 1820.

[7] Ed. Platnerus, *Diss. de iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum, quæ ad jus spectant.* Marb. 1831.

[8] L. Van der Bruggen, *Locorum juris civilis ex Plinii junioris scriptis explicatio.* Lugd.-Bat. 1827. — J. A. Sneither, *Diss. qua loca e Plinii junioris scriptis, quæ ad jus civile pertinent, recensentur et illustrantur.* Grœning. 1827.

[9] Dirksen, *Die Scriptores Historiæ Augustæ.* Leip. 1842.

[10] Joannes Laurentius Lydus, *De Magistratibus reipublicæ romanæ libri* III. Edit. Jo. Dom. Fuss. Præfatus est C. B. Hase, Lugd.-Bat. 1812, 8°. — *V.* sur cet ouvrage : Andr. Guil. Cramer, in supplem. ad B. Brissonium *De verborum significatione*, p. 18-30. — C. J. C. Reuvens, *Collectaneæ litter.* Lugd.-Bat. 1815, p. 20-87. — Jo. Dom. Fussii ad Hasium *Epistola, in qua Lydi textus et versio emendantur, loci difficiliores illustrantur.* Leodii, 1820.

[11] Ed. Gibbon, *History of the decline and fall of the roman empire*, chap. 44, qui contient un aperçu historique du droit romain. Il a été traduit en allemand et augmenté de notes par Hugo. Gœtt. 1789. Une traduction française de Guizot, revue par Warnkœnig, et accompagnée de notes, a paru sous le titre de : *Précis à l'histoire du droit romain par Gibbon.* Liége, 1821.

[12] Hugo, *Rechtsg.* p. 60-63. (Nous citons cet ouvrage d'après sa 11e édition.)

PREMIÈRE PÉRIODE.

DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'AUX DOUZE TABLES.

(1-300 de Rome; 750-450 avant J.-C.)

§ 21. *Première Constitution de Rome.*

Les différentes peuplades dont l'assemblage constitua l'Etat romain conservèrent dans le principe, même après leur nouvel établissement, leur ancien droit; il y avait donc à Rome plusieurs droits qui ne se confondirent que peu à peu en un seul *droit romain* (§ 23). A la fondation de ce nouvel Etat, ses membres se divisèrent en deux classes différentes : les *patriciens* et les *plébéiens*. Les premiers formèrent une espèce de noblesse héréditaire et avaient, dans le principe, seuls le pouvoir entre les mains, c'est-à-dire qu'eux seuls participaient au gouvernement de l'Etat et au partage du domaine public (*ager publicus*). Les plébéiens, au contraire, formèrent la bourgeoisie libre; les uns étaient en même temps *clients* d'un patricien, qu'ils s'étaient choisi pour *patron*; les autres ne dépendaient d'aucun patricien et étaient citoyens libres et propriétaires. Dans le commencement, les plébéiens n'étaient que les défenseurs du nouvel Etat, sans jouir d'aucun droit politique, et exclus, par conséquent, du gouvernement de l'Etat et du partage des terres publiques [1]. Il paraît d'ailleurs que les patriciens et les plébéiens différaient entre eux, non-seulement par leur état, mais également par leur origine; c'est pour cette raison que, dans les premiers temps, quoique réunis sous le même gouvernement, ils avaient cependant des droits et des mœurs différents.

A la tête de l'Etat romain se trouvait un chef, élu à vie, qui portait le nom de *Rex :* avec lui gouvernait le *Sénat*, composé au commencement de *patriciens* seulement. La puissance législative résidait dans le peuple, et était exercée par lui dans l'assemblée du peuple, *comitia*. Le roi et le sénat avaient le droit de proposer des lois, *legem ferre* [2], sur lesquelles on votait dans les *comices*, dans l'origine, par *curies*, où les patriciens seuls entraient, et plus tard, depuis l'expulsion des rois et le premier consulat, par *centuries*, dans lesquelles les plébéiens furent admis; c'est alors seulement que ceux-ci acquirent quelque importance et une participation au pouvoir législatif [3]. Le projet n'était considéré comme loi obligatoire, *lex curiata, centuriata*, qu'après l'approbation du peuple dans les comices [4]. Les anciennes *leges curiatæ* [5] ont été rassemblées, dit-on, par un certain *Sextus* ou *Publius Papirius*, souverain pontife du temps de Tarquin, le dernier roi [6]. Nous n'avons que quelques fragments de cette collection, et encore sont-ils très-douteux [7].

§ 22. *Fondation de la République.*

Après l'expulsion des rois (244 de Rome), Rome devint une République et la souveraine puissance passa à deux *Consuls* choisis, dans

---

[1] Niebuhr, *R. Ges.* 1re partie, 2e éd. p. 317-350, surtout p. 417 et suiv.

[2] Chez les Romains, *legem ferre* ne signifiait pas donner une loi, mais la proposer au peuple, ce qu'on exprimait aussi par *rogare legem, rogationem ferre.* On disait de celui qui avait fait passer le projet de loi : *pertulit legem. V.* au reste Heineccius, *Ant. romanæ*, lib. I, tit. 2.

[3] La division en classes et en centuries date, il est vrai, de Servius Tullius, mais ne paraît avoir été étendue qu'à l'armée et aux impôts, et appliquée aux élections et aux lois seulement après l'expulsion des rois, les patriciens ayant besoin du secours du peuple (§ 22). — *V.* Cicéron, *de Republica*, II, 31. — Tite-Live, lib. I, 60. — Niebuhr, première partie, 2e éd. p. 446 et suivantes. — R. de Raumer, *De Servii Tullii censu.* Erlang. 1840.

[4] Quelquefois cependant l'approbation du décret des comices dépendait de la ratification du sénat. Tite-Live, I, 17. — Cpr. Denys d'Halycarnasse, II, 14; IV, 12; IX, 41.

[5] Appelées *leges regiæ*, lorsque la proposition de la loi émanait du roi. Cicéron, *de Republ.* II, 13-21; V, 2. — Tite-Live, XL, 29, parle d'une collection des lois de Numa, qui aurait été retrouvée plus tard, mais supprimée par le sénat pour raisons politiques.

[6] Cette collection porte de là le nom de *Jus civile Papirianum :* « non quia Papirius de suo quicquam ibi adjecit, sed quod leges sine ordine latas in unum composuit. » fr. 2, § 2, D. I, 2. Elle fut également appelée *Lex Papiria*. Servius ad Virgil. *Æn.* XII, 836. Il est probable que Papirius ne rassembla que les lois qui se rapportaient au culte, ou que son ouvrage ne fut qu'un livre de formules destiné aux prêtres. Le jurisconsulte *Granius Flaccus* écrivit encore du temps de Jules-César un commentaire sur cet ouvrage (*De indigitamentis*). — Glück, *De jure civili Papiriano liber sing.* in opusc. fasc. 2. — Daunou, *Sur le droit papirien*, dans la *Thémis*, t. V. — Z. Salverda, *Disp. de jure civili papiriano*. Grœning. 1825.

[7] Ils se trouvent chez Hofmann, *Historia juris*, t. II, p. 1. — *V.* aussi Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine*, p. 22.

le principe, parmi les seuls patriciens, et dont l'autorité n'était qu'annuelle. Par ce changement dans la constitution de Rome, toute la puissance souveraine se retrouva entre les mains du sénat et des patriciens. Les plébéiens étaient entièrement exclns de la participation au gouvernement et à l'administration de l'Etat, tandis qne les patriciens, étant les plus distingués et les plus riches, avaient aussi la prépondérance dans les comices par centuries, dans lesquelles on élisait alors les magistrats et on votait les lois. Ces causes, aussi bien qne la tyrannie que les patriciens exerçaient envers les plébéiens appauvris durant la guerre, firent bientôt naître de grandes querelles entre les deux partis, et donnérent lieu à l'établissement des *tribuns du peuple* (260 de Rome) : choisis parmi les plébéiens, ils défendaient leurs droits contre les prétentions des patriciens, et leurs personnes étaient sacrées et inviolables (*sacrosancti*) [1]. Dans le principe, ils n'avaient que le droit de s'opposer aux décisions des consnls et du sénat (*intercedere*), et d'en empêcher l'effet par leur *Veto* [2]; mais bientôt ils s'arrogérent celui de proposer aux plébéiens, dans les comices par tribus, des lois sur lesquelles les plébéiens votaient seuls el qui, lorsqu'elles étaient adoptées, s'appelaient *plebiscita*. En même temps, on accorda aux plébéiens encore deux autres magistrats, les *édiles*. Ils étaient chargés de la police et autres matières concernant le bien public; certains édifices et archives étaient aussi soumis à leur surveillance spéciale [3]. Les plébéiens restérent encore exclus des autres magistratures supérieures; dans la seconde période seulement, ils obtiurent le consulat, l'édilité curule, la dictatnre, la censure, la préture, et finalement aussi le pontificat.

§ 23. *Les Douze Tables.*

La lutte continuelle contre les plébéiens et les patriciens donna lieu à la *Loi des Douze Tables*, vers la fin de cette période (300 de Rome) [4]. Elles peuvent être considérées moins comme un nouveau code de droit privé, que comme une grande loi fondamentale de l'Etat, d'après laqnelle fut établie, entre les patriciens et les plébéiens, une égalité légale : par elles furent déterminées les limites du pouvoir judiciaire, qui se trouvait entre les mains des consuls; elles tracèrent aussi plus exactement la marche à suivre dans la procédure. A cette occasion, on mit également par écrit une grande partie du droit privé en vigueur et les anciennes lois de chaque population en particulier se fondirent en un seul droit national [5]. Cette grande loi des Douze Tables, qui fut aussi nommée simplement *Lex* ou *Lex decemviralis*, à cause des décemvirs choisis pour la rédiger, acquit une grande autorité, et continua d'être, dans les temps postérieurs et jusqu'à Justinien, la base du droit public et privé des Romains [6].

§ 24. *Débris des Douze Tables.*

Les Douze Tables furent exposées pnbliquement aux *rostra*, pour qne tons les citoyens eussent à les exécuter [7]. Après le pillage de Rome par les Gaulois, on les recueillit de nonveau [8], et elles se trouvèrent

[1] Tite-Live, II, 32, 33; III, 55. — Aug. Ferd. Soldan, *Comm. de origine, causis et primo tribunorum plebis numero.* Hanoviæ, 1825.

[2] De là Cicéron, *Contra Rullum*, II, 6, appelle la tribun « *præsidem libertatis, custodemque.* »

[3] Denys d'Halyc. VI, 90. — Aulu-Gelle, XVII, 20. — Varron, *De ling. lat.* IV, 14. — Pomponius, fr. 2, 20, 21, D. 1, 2. Les édiles curules furent créés plus tard. — Schubert, *de Romanorum ædilibus*. Regiomont. 1828.

[4] Le tribun Cajus Terentius Arsa provoqna d'abord cette mesure par la *Lex Terentilla*, 293 de Rome. — *V.* Tite-Live, III, 32. — Cpr. Evr. Otto, *Dissertatio de legibus XII tab.*; dans la préface de son *Thesaur. jur. rom.* t. III, et dans son *Comment. ad Institutiones*. Francf. et Lips. 1743. p. 617. — Gibbon, dans son *Histoire de la décadence et de la chute de l'empire romain*, ch. 44. — Bonamy, *Dissertations sur l'origine des lois des Douze Tables*, dans les Mémoires de l'Académie des Inscriptions, t. 12 — Serpius Gratama, *Oratio de Hermodoro Ephesio, vero XII tab. auctore*; In Annal. Acad. Groeningianæ, 1816, 1817. — Sebast. Ciampi, *Novum examen loci liviani de legatis Athenas missis.* Wilnæ, 1821. — Wenc. Alex. Macierowski, *Legum Solonis et decemviralium comparatio, et excursus ad Livii historiarum*, lib. III, c. 34. In Ejusd. opuscul. Silloge 1. Varsoviæ, 1823. — Lelièvre, *Comm. antiquaria de legum XII tab. patria.* Lovanii, 1827. — A. C. Cosman, *Diss. de origine et fontis XII tabular.* Amstelod. 1829. — Hugo, *RG.* p. 97-108. — Zimmern, *RG.* t. I, p. 92. — Walter, p. 90 et suiv. — Holtius, *Hist.* § 15 et 16.

[5] Tite-Live, III, 34-56.

[6] *V.* Cicéron, *de Leg.* II, 23; *de Orat.* I, 43, 44. Cicéron fait dire ici à Crassus : « *Bibliothecas omnium philosophorum unus mihi videtur XII tab. libellus superare.* » — Tite-Live, III, 44, les appelle : *Fons publici privatique juris.* — Tacite, *Ann.* III, 27 : « *Finis æqui juris;* » ce passage a donné lieu à plusieurs interprétations.

[7] On ne sait si elles ont été gravées dans le principe, sur bois, sur ébène ou sur airain. fr. 2, § 4. D. I, 2. Au lieu de *eboreas*, Scaliger lit : *roboreas*. Tite-Live, III, 57, dit : » *in æs incisas in publico proposuerunt.* »

[8] Tite-Live, VI, 1.

encore exposées à cette place au IIIe siècle de l'ère chrétienne [1].

Néanmoins, nous n'en avons plus que quelques fragments qui se trouvent principalement dans le commentaire qu'en a fait *Gajus*, et dont quelques débris seulement se trouvent dans les *Pandectes*, dans *Ulpien* et dans *Festus*, *De Verborum signif.*; nous devons à Godefroy de les avoir rassemblés [2]. Les *Institutes* nouvellement découvertes de *Gajus*, ainsi que les *Vaticana Fragmenta* (§ 57), nous en offrent encore quelques passages sans altération, inconnus jusqu'ici. Ceux que Cicéron nous a transmis ne sont pas tous de vrais fragments; souvent ils ont été changés et imités. Les plus nouveaux essais sur la restitution des Douze Tables, et qui s'écartent beaucoup du texte de Godefroy, sont dus à Haubold et à Dirksen [3].

DEUXIÈME PÉRIODE.

DEPUIS LA LOI DES DOUZE TABLES JUSQU'A CICÉRON.

(308-650 de Rome; 450-100 avant J.-C.)

§ 25. *Des sources du droit pendant cette période.*

Après les Douze Tables, les sources du droit par lesquelles la législation décemvirale et le droit non écrit en vigueur à côté d'elle furent changés et complétés, se réduisent à deux espèces principales : au *jus scriptum*, législation, et *non scriptum*, coutumes; mais il est bon de remarquer, dès à présent, que le droit romain fut perfectionné de jour en jour depuis cette période, bien moins par des dispositions du pouvoir législatif, que par le développement successif que les magistrats et les jurisconsultes donnèrent aux principes du droit résultant des coutumes.

§ 26. I. *Législation.*

1. *Lois* [4].

Au *jus scriptum* appartenaient :

1° Les décreta du peuple proprement dits ou *leges*, c'est-à-dire les lois que le peuple romain (*populus romanus*) votait et adoptait dans les comices par centuries, sur la proposition d'un magistrat qui présidait le sénat [5].

§ 27. 2. *Plébiscites.*

2° Les *plebiscita*. C'étaient des lois que les plébéiens votaient dans les *comices par tribus*, sur la proposition d'un de leurs tribuns [6]. Aussi n'étaient-elles au commencement obligatoires que pour les plébéiens, jusqu'à ce que les consuls *Horatius* et *Valerius* (305 de Rome) firent passer une loi, *ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret*, qui ensuite (416 de Rome) fut renouvelée et confirmée sur la proposition du consul *Publicius : ut plebiscita omnes Quirites tenerent*, et enfin sur celle du dictateur *Hortensius* (465 de Rome) [7]. Les *lois*, comme les *plébiscites*, portaient le nom de ceux qui les avaient proposées; par exemple, *lex Aquilia*, *lex Plætoria*, *lex Cincia*, *lex Furia*, etc.

§ 28. 3. *Sénatusconsultes.*

3° Les *senatusconsulta*. C'étaient des arrêtés pris par le sénat, sans la participation et le consentement exprès du peuple [8]. Comme les *lois*, ils avaient surtout rapport au droit

[1] Cypriani Epist. II, 4.

[2] *V.* Jac. Gothofredus, *Quatuor fontes juris civil.* Genev. 1653; aussi dans Otto, *Thes.* I. III, p. 1. — Gravina, *Origin. jur. civ.* p. 280. — Terrasson, *Histoire de la jurisprudence*, p. 54. — Bouchaud, *Commentaire sur la loi des Douze Tables*. Paris, 1787 et 1803, 2 vol. — Bach, *Hist. jur. rom.* I, 2; éd. 6e. p. 36. — J. H. Van der Heim, *de Jacobi Gothofredi meritis in rest. XII tab. fragmentis*. Lugd.-Bat. 1823.

[3] Les dernières restitutions se trouvent dans Haubold, *Inst. jur. rom. privati hist. dogm. epitome*. Lips. 1821, p. 129. — Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Critik und Herstellung des Textes der Zwœlf-Tafel-Fragmente*, ou *Coup d'œil sur les essais tentés jusqu'à nos jours pour la critique et la restitution du texte des fragments de la loi des Douze Tables*. Leipsig, 1824, in-8°. — *Legum XII Tabul. fragmenta cum variar. lectionum delectu*, ed. C. Zell. Fribourg Brisg. 1825.

[4] Heineccius, *Antiq. rom.* I, 2, § 1-14.

[5] Gajus, I, 3. — § 4, J. I, 2. — Les lois adoptées dans les comices par centuries devaient toujours obtenir la sanction des comices par curies; ce n'est que par une des lois de Publicius que les lois adoptées en comices par centuries furent affranchies de cette sanction.

[6] § 4, J. I, 2. — Gajus, I, 3. — Heineccius, *loc. cit.* § 15-17.

[7] Tite-Live, III, 55; VIII, 12. — § 4, J. I, 2. — fr. 2, § 8, D. I, 2. — Gajus, I, 3. — Aulu-Gelle, *Noctes atticæ*, XV, 27. — Théophile, *Paraph.* sur le § 5, J. I, 2.

[8] Gajus, I, 4. — § 5, J. I, 2. — fr. 2, § 9, 12, D. I, 2. — Heineccius, *loc. cit.* § 46-54. — Haubold, *loc. cit.* § 156.

public; cependant, dans cette période, on trouve déjà des exemples de sénatusconsultes concernant le droit privé. Les plébéiens avaient d'abord refusé de se soumettre aux sénatusconsultes; mais lorsque le sénat reconnut les plébiscites, ils consentirent aussi à reconnaître l'autorité des sénatusconsultes [1]. Les tribuns, cependant, conservèrent le droit d'interjeter leur *Veto* [2].

§ 29. II. *Coutumes.*
A. *Généralités.*

Le *droit de coutume* se forma de différentes manières, et fut, pour le droit privé, bien plus important que les sources dont nous avons parlé. Il se composait des *mores majorum*, ou de ce droit qui avait son principe dans les mœurs et les usages des ancêtres, et avait passé de ces derniers à leurs descendants [3]; de la *coutume, consuetudo*, ou de ce droit qui de tout temps subsista comme opinion populaire et contume [4], et enfin des *choses jugées, auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*, ou de ce droit qui se forma des décisions des juges, conformes en cas pareils (*usus fori*), et qu'en français on nomme la *jurisprudence des arrêts* [5]. Les préteurs et autres magistrats supérieurs, de même que les jurisconsultes, les premiers par leurs édits, les derniers par le travail scientifique et par la pratique du droit, acquirent déjà dans cette période la plus grande influence sur la confirmation des coutumes et le perfectionnement successif du droit en général. Il faut donc donner des explications sur l'un et l'autre de ces droits.

§ 30. B. *Édits des magistrats.*
1. *Des Préteurs.*

Dans les commencements, le pouvoir judiciaire appartenait aux rois, et après eux, aux consuls [6]. Mais dès l'an 387 de Rome, on créa à Rome, à côté des consuls, un magistrat particulier, chargé de l'administration civile de la justice. Ce magistrat se nommait *prætor urbanus*, et fut choisi d'abord parmi les patriciens, et ensuite aussi (depuis 418 de Rome) parmi les plébéiens [7]; mais il n'était compétent que lorsque les deux parties étaient citoyens romains (*inter cives jus dicebat*). Bientôt, à cause du nombre toujours croissant d'étrangers à Rome, on élut (508 de Rome) un second préteur chargé de juger les procès des étrangers entre eux, ou ceux qui s'élevaient entre les Romains et les étrangers (*inter cives et peregrinos jus dicebat*); il fut nommé *prætor peregrinus* [8]. La charge des préteurs ne durait qu'une année. Dans les municipes d'Italie, la juridiction civile appartenait à l'autorité municipale, et dans les provinces, elle était exercée par le *præses provinciæ*. Plus tard, surtout depuis Adrien, cette charge fut donnée, aussi bien en Italie que dans les provinces, à quelques hommes de lois, *juridici*.

§ 31. 2. *Édits des Préteurs* [9].

Les préteurs eurent bientôt la plus grande influence sur le développement du droit civil. Le droit à proprement parler *romain* (*jus civile*), ne fut de tout temps applicable qu'aux citoyens romains. Mais ceux-ci, ayant étendu leur domination sur toute l'Italie et sur beaucoup d'autres pays en dehors de l'Italie [10], se virent engagés, par leur commerce fréquent avec ceux qui n'avaient pas la qualité de Romains, à reconnaître et à appliquer, outre leur ancien droit national (*jus civile*), qui se distinguait par ses principes et ses formes sévères, un droit général naturel (*jus gentium*). Ce droit était l'ensemble de vérités et de principes de droit généraux, reconnus comme tels par tous les peuples civilisés de l'antiquité [11], et n'obligeait, dans les commencements, à Rome, que les étrangers (*peregrini*); mais bientôt il obligea aussi les Romains mêmes. Une conséquence en était, que l'ancien droit civil sévère des Romains se rapprocha toujours

[1] Théophile, *Paraph.* sur le § 5, J. I, 2.

[2] Dans ce cas, il n'y avait plus de *senatusconsultum*, mais *senatus auctoritas*, Cicéron, *Ad Div.* VIII, 8. — Tite-Live, IV, 50, 56, 57. — Aulu-Gelle, XIV, 7.

[3] Par exemple, fr. 1, D. XXIV, 1. — fr. 2, pr. D. XXVIII, 6. — Cicéron, *Top.* c. 5. — Richter, *De moribus majorum*. Lips. 1741.

[4] Voyez les passages indiqués au § 3, note 3 et 4; § 6, note 2.

[5] Fr. 38, D. I, 3.

[6] Fr. 1, 16, D. I, 2. — Tite-Live, I, 26; II, 1.

[7] Tite-Live, VI, 42; VII, 1; VIII, 15. — Heineccius, *Ant. rom.* I, 2, § 18-22. — H. Ph. M. Ruys Van Beerenbroek, *Diss. de Prætoribus*. Leodii, 1826.

[8] Fr. 2, § 28, D. I, 2. — Theoph. sur le § 27, J. I, 2. — Laurentius Lydus, *De magistrat. pop. romani*, I, 38, 45.

[9] Heineccius, *loc. cit.* § 23, 24. — Haubold, *Inst. hist. dogm.* § 170 seq.

[10] La première province était la Sicile. D'où vient l'expression *provincia?* Hugo dit que c'est de *providentia*; Niebuhr le fait dériver de *proventus*. — Ce sont ici les premières traces de l'organisation provinciale.

[11] § 1, J. I, 2. — fr. 9, D. I, 1.

davantage de ce droit général naturel, et ce furent toujours les préteurs qui, par leurs édits, amenèrent et réglèrent ce rapprochement [1]. En effet, pour se mettre, d'un côté, à l'abri du reproche d'arbitraire et de partialité dans l'exercice de leur charge, et pour se soustraire, de l'autre, aux *intercessions* des tribuns, ils publiaient, en entrant en fonctions, un *Édit*, c'est-à-dire ils annonçaient, en forme d'affiche, les règles de droit d'après lesquelles ils maintiendraient le droit et la justice dans l'année de leur administration, et la marche qu'ils voulaient suivre dans la procédure, *ut scirent cives quod jus de quaque re quisque dicturus esset seque præmunirent* [2]. Dans cet Edit, ils n'avaient pas précisément pour but d'établir des principes tout à fait nouveaux; mais le plus souvent, ils énonçaient seulement ce qui, de leur temps, avait été suivi comme coutume; lorsqu'ils trouvaient des omissions dans le droit en vigueur, ou qu'ils en jugeaient l'application impossible de leurs jours, ils donnaient eux-mêmes les règles d'après lesquelles ils voulaient décider [3]; mais surtout ils adoucissaient la sévérité de l'ancien droit civil, d'après le *jus gentium* et l'équité [4], soit par des *exceptiones* et *præscriptiones* qu'ils accordaient contre une demande fondée sur le droit civil, dans les cas où il aurait été inique (*iniquum*) de condamner le défendeur; soit en rescindant des actes d'ailleurs valables (*restitutiones*), ou par la supposition de certaines circonstances imaginaires (*fictiones*), aussitôt que des raisons d'équité l'exigeaient [5].

L'Edit que le préteur publiait au commencement de son administration pour les cas qui pourraient se présenter, et dans la vue de s'y conformer pendant tout le temps que durerait sa magistrature, s'appelait simplement *edictum*, ou *edictum annuum*, ou *edictum jurisdictionis perpetuæ causa propositum*, ou bien aussi *edictum perpetuum* [6]. L'Edit des deux préteurs de Rome s'appelait *prætoris edictum*, et on donnait le nom d'*edictum provinciale* à celui qui était publié par les proconsuls et les préteurs de province. Chaque préteur cependant ne rédigeait pas toujours, au commencement de ses fonctions, un nouvel Edit (*edictum novum*), mais ordinairement il conservait l'Edit de son prédécesseur en entier ou en partie (*edictum tralatitium*), selon que l'expérience en avait consacré l'usage ou l'avait décrédité: il y faisait des additions ou des changements, lorsque les circonstances l'exigeaient, ou quand il en apercevait l'utilité [7].

§ 32. 3. *Des Ediles.*

De même que les préteurs étaient chargés du soin de faire exécuter la justice, de même aussi l'on confiait le soin de la police aux édiles. Il n'y eut d'abord que des *ædiles plebis* (§ 22); mais dans la suite, on élut aussi parmi les patriciens des *ædiles curules* (388 de Rome) [8]. Ces derniers avaient, comme les préteurs, le droit de publier [9], à leur entrée en fonctions, un Edit qui contenait, à la vérité, plutôt des règlements de police, mais qui cependant n'était pas sans importance pour le droit privé [10].

Le droit introduit par les Edits des préteurs et des édiles reçut le num de droit honoraire, *jus prætorium seu honorarium* [11].

---

[1] Theophile, *Paraph* sur le § 7, J. I, 2.

[2] Fr. 2, § 10, D. I, 2. — On peut voir dans Gajus. I, 6, des preuves de ce droit qu'avaient les préteurs et les édiles curules de publier de tels édits. Cicéron, *Ad Attic.* VI, 1; *de Invent.* II, 22. — *Autor ad Herennium,* II, 13. — C'est à tort que Heineccius, *Hist. jur.* lib. I, § 67-70. et *Antiquit. jur rom.* lib. I, tit. 2, § 24, leur reproche d'avoir usurpé le pouvoir législatif, et d'avoir renversé par différentes *artes*, le droit civil. — *V.* contre cette opinion : Bach, *Hist. juris,* II, c. 2, sect. 3, § 9, 12, et particulièrement Hugo, *loc. cit.*

[3] Papinien, fr. 7. D. I, 1, dit que le droit prétorien fut introduit pour aider, suppléer et même corriger le droit légal (*adjuvandi, vel supplendi vel corrigendi juris civilis causa, propter utilitatem publicam*).

[4] *Æquitas* est souvent mis par opposition à *jus strictum*; par exemple : fr. 2, § 5, D. XXXIX, 3 : « *hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamur.*

[5] Gajus, IV, 34 et suiv., 57, 116, 117, 119. — Pr. § 1-6, J. IV, 13.

[6] Ce ne fut pas sous Adrien, comme on l'a cru, que cet Edit fut appelé *perpétuel*. *Edit perpétuel* ne signifie pas plus que *édit annuel*. Asconius Pedianus sur Cic. *Orat. pro Corn. maj. reo.*

[7] Les *edicta repentina* ou *prout res incidit*, que l'on oppose ordinairement à l'Edit perpétuel (fr. 7, pr. D. II, 1), n'appartiennent pas ici; ce n'étaient que des dispositions que le préteur rendait dans des cas particuliers. Ainsi, par exemple, les *edicta peremptoria*, dans les fr. 68-70, D. V, 1. — Const. 8, C. VII, 43.

[8] Tite-Live, VII, 1. — Pomponius, in fr. 2, § 26, D. I, 2. — Heineccius. *loc. cit.* § 25-27.

[9] § 7, J. I, 2. — Théophile, sur le § 8, J. I, 2.

[10] L'*actio redhibitoria* et *quanti minoris* a sa source dans l'Edit des édiles. D. XXI, 1. — fr. 27, § 28, D. IX, 2.

[11] Sans doute appelé ainsi *ob honore prætoris*, c'est-à-dire du pouvoir qu'avaient les préteurs et les édiles de rendre cette juridiction. § 7, J. I, 2. — fr. 2, § 10, D. I, 2. — fr. 7, § 1, D. I, 1. — On doit aussi entendre

§ 33. C. *Des jurisconsultes.*

1. *De leurs Réponses.*

Les jurisconsnltes (*prudentes, jureconsulti*) eurent sur le perfectionnement du droit une influence aussi graude que les préteurs et les édiles [1]. En effet, lorsque les principes les plns importants du droit eurent été fixés par les Douze Tables et l'Edit, les jurisconsultes commeucèrent à les développer par des interprétations et à les rendre applicables dans la pratiqne ; eu même temps, ils déterminèrent les formules d'après lesquelles ces principes devaient être mis en usage. Ainsi, celui qui n'était pas lui-même versé dans la science dea lois, était obligé de s'adresser à un jurisconsulte dans les affaires qui lui aurvenaient, et de lui demander ses conseils et son assistance. Celui-ci alors lui communiquait son avis (*responsum*), ou défendait sa canse devant la jnstice (*disputatio fori*) [2], ou il lui montrait de quelle manière il devait intenter une action, ou poser des actes valides. Par ce moyen, ainsi que par le travail scientifique du droit, se formèrent peu à peu beaucoup de règles et de principes. Ce sont cea doctrines, introduites par les jurisconsultes, que l'on nomme *auctoritas prudentum, sententiœ receptœ*, ou aussi *jus civile*, dans le sens le plus restreint [3].

§ 34. 2. *Des écrits des jurisconsultes.*

Dans cette période, on trouve fort pen de travaux scientifiqnes snr le droit. Dans le principe, les patriciens et les pontifes avaient seuls une connaissance exacte des formulea d'actions et de procédure (*legis actiones*) [4], ainsi que du calendrier judiciaire (*dies fasti et nefasti*) [5].

Longtemps, pour teuir les plébéiens sons la dépendance, ils les gardérent, dit-on, secrètes [6], jnsqu'à ce qu'un certaiu *Cn. Flavius*, secrétaire dn juriscousulte *Appius Claudius*, lui déroba nn recueil dans lequel il avait rangé dans un certain ordre ces *legis actiones* (449 de Rome), et le fit connaître au public [7]. Cet ouvrage fut appelé, de son nom, *Droit flavien*. Ce même Flavius publia également les *dies fasti* dont il avait acquis quelque expérience par les questions qu'il adressait souvent à Appius Claudius [8]. Dès lors, le droit devint aussi l'objet de l'étude des plébéiens, et *Tiberius Coruncanius*, qui le premier des plébéiens obtint le pontificat (452 de Rome), est aussi regardé comme le premier plébéien qui ait enseigné publiquement le droit [9].

Mais dans la suile, le droit s'élant perfectionné, et des actions ainsi que des affaires nouvelles exigeant d'autres formules, eent ans

---

en ce sens le fr. 7, § 1, D. I, 1. — G. Parker de Ruyter Rochay de la Renay, *De juris honorarii auctoritate in jure Romanorum privato*. Lugd.-Bat. 1827.

[1] Heineccius, *Antiquit.* lib. I, tit. 2, § 29-37.

[2] Fr. 2, § 5, D. I, 2. — On n'est pas bien certain sur le sens que Pomponius a attaché à la *disputatio fori*. C'était probablement la demande et la réplique en jnstice d'une contestation, ce qu'en français on nomme *plaidoyer*. *V*. Heineccius, *loc. cit.* 1, 2, 33. — Bach, *Hist. jur.* lib. II, c. 2, sect. 5, § 1. — Haubold, *Inst. hist. dogm.* § 197.

[3] *Jus civile* a, chez les Romains, une signification différente, suivant les mots auxquels il est opposé :

1° Dans le sens le plus étendu, lorsqu'il n'est accompagné d'aucun mot, il signifie le *droit positif* d'un Etat en général, *jus civitatis proprium quod quisque populus ipse sibi constituit*. Fr. 9, D. I, 1 et § 1, J. I, 2.

2° Il signifie principalement le *droit positif* de l'Etat romain, en opposition avec le *jus gentium*. § 1, J. I, 2 et Cic. *Top.* c. 5.

3° Dans un sens moins étendu, il signifie seulement le droit romain qui n'est pas le *jus honorarium*, par conséquent les *leges, plebiscita, senatusconsulta, auctoritas prudentum*, et plus tard aussi les *constitutiones principum*. Fr. 7, D. I, 1.

4° Dans le sens le moins étendu, il veut dire *auctoritas prudentum* et *disputatio fori*. Fr. 2, § 5, 12, D. I, 2.

[4] Fr. 2, § 6, D. I, 2. — fr. 77; fr. 123, pr. D. L, 17, et Gajus, IV, 11-20. — Haubold, *Inst. jur. rom.* ed. Otto, § 228. — L. E. Ram, *De legis actionum origine et progressu*. Traj. ad Rhen. 1804. — Van Hasselt, *De legis actionibus*. Groening. 1824. — Alsen, *De legis actionibus*, Havniæ, 1823 et 1827. — Klien, *De ratione jurisprudentiæ formulariæ generali*. Lips. 1829.

[5] Le calendrier romain fixait exactement les jours où l'on pouvait rendre la justice (*dies fasti*), ainsi que ceux où cela n'était pas permis (*dies nefasti*), enfin ceux dont une partie pouvait être consacrée à l'administration de la justice (*dies intercisi*). Ovide dit à cet égard, *Fast.* I, 47 :

Ille nefastus erit per quem tria verba silentur;
Fastus erit per quem lege licebit agi.

Ces trois mots sont : *do, dico, addico*, et marquaient l'étendue de la puissance prétorienne. Varron, *De lingua latina*, V, 4.

[6] Fr. 2, § 6, D. I, 2. — Cpr. fr. 2, § 35, ib. — Cicéron, *De leg.* lib. II, c. 19; *pro Murena*, c. 11; *ad Attic.* VI, 1.

[7] On n'est pas bien sûr si ce fut du consentement ou contre le gré d'Appius Claudius. — Pomponius, fr. 2, § 7, D. I, 2, dit : *subreptum librum populo tradidit*. — Pline, *Hist. natur.* lib. XXXIII, c. 1 : *cujus hortatu exceperat eos dies*. — Tite-Live, lib. IX, cap. 46, parle seulement de la publication de cet ouvrage. D'après Cicéron, *pro Murena*, c. 11, les jurisconsultes furent probablement fâchés que cette publication eût été faite, mais Flavius fut tellement en faveur chez le peuple, qu'il fut nommé tribun du peuple, sénateur et édile curule. Pomponius, *loc. cit.*

[8] Pline. *Hist. nat.* lib. XXXIII, c. 1.

[9] Fr. 2, § 35, D. I, 2.

plus tard (552 de Rome), un certain *Sextus Ælius Catus* fit un nouveau livre de formules (*alias actiones composuit*), et le publia. C'est de lui qu'il reçut le nom de *Jus Ælianum* [1].

Les *Commentarii juris* de *Marcus Porcius Caton* l'ancien sont le premier ouvrage scientifique de droit qui ait paru dans cette période [2]. Il ne faut pas oublier *M. Porc. Caton*, fils du précédent [3]; les trois jurisconsultes que Pomponius dit avoir posé les fondements des travaux faits sur le droit civil (*qui fundaverunt jus civile*), et écrit plusieurs livres sur ce sujet : *Publius Mucius Scævola*, *Marc. Junius Brutus* et *Manilius* [4], à qui on attribue les *actiones manilianæ*, ou les formules des contrats d'achat [5]; ensuite, *Lucius Crassus*, frère de Publius Mucius Scævola [6]; enfin, *Q. Mucius Scævola*, surnommé l'Augure, fils de *Publius Mucius*, dont nous venons de parler [7], et *Hostilius*, qui fut l'auteur des *actiones hostilianæ*, qui étaient probablement des formules de testament [8].

TROISIÈME PÉRIODE.

DEPUIS CICÉRON JUSQU'A SÉVÈRE-ALEXANDRE.

(650-1000 de Rome; 100 avant J.-C. à 250 après.)

§ 35.

Les troubles intérieurs qui donnèrent lieu à un changement dans l'Etat, avaient leur cause :

1° Dans le partage des terres communes auquel on avait si souvent excité [9].

2° Dans la participation si désirée de tous les habitants de l'Italie au droit de cité [10].

3° Dans la vue de donner à l'état des sénateurs, puis à celui des chevaliers, une signification politique vis-à-vis du tiers état, notamment quant aux tribunaux, enfin d'élever, sous Sylla, l'élément aristocratique [11]. Décadence de mœurs, mépris pour la religion et pour les institutions des ancêtres, tyrannie de ceux qui étaient au pouvoir et actes de violence entre particuliers, tout contribua à détruire et la puissance et la considération de l'Etat, ainsi que la morale du peuple. Tous les essais et les désirs de faire revivre l'esprit de l'ancienne république furent vains.

§ 36. *Des changements introduits dans la constitution romaine.*

Au commencement de cette période, l'Etat romain conservait encore, il est vrai, le nom et l'apparence d'une république, mais dans le fait, des hommes puissants exerçaient déjà un pouvoir monarchique. César Octave, surnommé *Auguste*, se plaça à la tête des affaires, après la défaite d'Antoine à la bataille d'Actium (31 ans av. J.-C.), avec le titre de *princeps reipublicæ*, rassemblant dans sa personne les plus importantes des anciennes dignités de la république [12]. Celle-ci, sous sa domination, vit encore respecter ses formes, mais elles disparurent peu à peu sous ses successeurs ; le pouvoir des *principes* devint de plus en plus illimité, et dégénéra en un dur despotisme [13]. Le pouvoir législatif passa peu à peu des mains du peuple dans celles des empereurs, et leurs constitutions offrirent bientôt une source nouvelle et très-féconde pour le droit public et privé.

§ 37. *Des sources du droit pendant cette période.*

1. *Décrets du peuple.*

Les changements qu'éprouva dans cette période le droit privé, furent d'abord opérés par les décrets du peuple, appelés encore tantôt *leges* tantôt *plebiscita* (§§ 26 et 27), et

[1] Fr. 2. § 7 *in fin.* D. I, 2. Le même Sextus Ælius écrivit aussi un abrégé de droit civil sous le titre : *Tripertita*. fr. 2. § 38, ib.

[2] Fr. 2. § 28. D. I, 2. — Tite-Live, XXXIX, 40. — Cicéron, *de Orat.* I, 37 ; II, 33. — Festus, v° *mundus*.

[3] Fr. 2. § 38, D. I, 2. — G. C. Brillenburg, *De jurisprudentia M. P. Catonis censoris ejusque filii*. Lugd.-Bat. 1826.

[4] Fr. 2. § 39, D. I, 2. — Haubold, *loc. cit.* § 193.

[5] Varron, *De re rust.* II, 5.

[6] Cicéron, dont il fut le maître, le nomme : *jurisconsultorum disertissimum*. — fr. 2. § 40, D. I, 2. — Cicéron, *Lael.* c. 1; *pro Balbo*, c. 20. — Valère Max. VIII, 12.

[7] Fr. 2, § 41, D. I, 2. — Cic. *de Orat.* I, 39.

[8] Cicéron, *de Orat.* I, 57.

[9] Appien, *De bello civ.* I, 7, 8. — Plutarque, *T. Gracch.* 8, 9. — Florus, III, 13. — Varron, *De re rust.* I, 2, § 9.

[10] Appien, I, 21, 23, 34, 35-39, 49, 53, 64-67. — Plutarque, *C. Gracch.* 5, 8. C'est par là que le droit romain devint tout d'un coup celui de toute l'Italie.

[11] Appien, I, 22, 35. — Plutarque, *T. Gracch.* 16; *C. Gracch.* 5; *Pompeius*, 22.

[12] Car il avait la *potestas tribunitia*, le *proconsulare imperium*; il était *imperator*, *præfectus morum*, *pontifex maximus*; souvent aussi, il était *consul*.

[13] Tacite, *Annales*, I, 1 et suiv.

dont le nombre ne fut jamais plus grand que du temps des guerres civiles qui troublèrent l'Etat au commencement de cette période [1]. Dans ce nombre, il y en a beaucoup qui furent et qui restèrent longtemps très-importants pour le droit civil [2], et qui plus tard furent longuement commentés par les jurisconsultes classiques (§ 44). La plus remarquable de cette période pour le droit civil est la *Lex Julia et Papia Poppæa;* elle avait pour but principal de diminuer le nombre des célibataires et d'augmenter par là la population de l'Italie qui avait été décimée par les guerres civiles. Mais plus le pouvoir des *principes* devint illimité dans le courant de cette période, plus les décrets du peuple devinrent rares, et vers la fin de la période, il n'en est plus question.

§ 38. 2. *Sénatusconsultes.*

Ces changements furent encore occasionnés par les *sénatusconsultes* qui, surtout depuis que les plébiscites commençaient à être plus rares, devinrent une source de droit encore bien plus importante qu'auparavant, et conservèrent leur influence jusqu'à la fin de cette période. Ils reçurent des noms particuliers, celui du consul qui les proposait [3], ou de l'empereur qui en faisait la proposition, soit par lettre, *per epistolam*, ou de bouche, *ad orationem principis* [4] ; on leur donnait aussi le nom de la personne qui y donnait lieu [5].

Le sénat représentait à cette époque le principe modérateur vis-à-vis du *princeps*, comme dans les temps antérieurs il l'avait fait vis-à-vis du tribunat et les comices par tribus.

§ 39. 3. *Constitutions impériales.*

Ces changements durent aussi leur naissance aux constitutions des princes, qui furent, dans cette période, de nouvelles sources de droit. En effet, lorsque Rome ne conservait plus de la liberté que les formes, et quand les charges se furent réunies dans la personne du prince pour toute la durée de sa vie, celui-ci, conformément aux usages des anciens magistrats de la république, commença à rendre des ordonnances et des règlements, en vertu des charges qu'il exerçait. Ils furent appelés *placita* ou *constitutiones principum* [6]; et comme, à cette époque, l'appel qu'on interjetait des décisions des tribunaux ordinaires était porté devant les empereurs, ceux-ci se virent bientôt forcés de former un conseil de hauts fonctionnaires et de jurisconsultes, auquel ils renvoyaient les affaires qui leur étaient soumises pour décision et avis. Ce conseil s'appelait *auditorium principis* [7], et devint bientôt le tribunal suprême pour tout l'empire. Les jugements et décisions sur des questions de droit, émanés de lui, au nom de l'empereur, s'appelaient *decreta*, et les instructions qu'il adressait, soit à des particuliers, soit à des fonctionnaires, prenaient le nom de *rescripta*.

§ 40. 4. *Edits des préteurs.*

Les édits des préteurs amenèrent aussi des modifications; car les préteurs et les édiles à Rome, ainsi que les proconsuls et les propréteurs dans les provinces, continuèrent encore dans cette période à publier un édit au commencement de leurs functions. Mais comme

---

[1] *Corruptissima republica plurimæ leges*, dit Tacito, *Annales*, III. 27.

[2] *V.* Jac. Gothofredus, *Quatuor fontes jur. civ.* Genève, 1653. — Heineccius, *Comm. ad L. Jul. et Pop. Popp.* Amstel. 1792. — Bach. *Hist. jur.* lib. III, c. 1, sect. 2, § 8. — Cpr. Haubold. *Inst. lit.* t. I, p. 517. — J. J. Keuker, *Diss. de rest. legis Juliæ et Papiæ Poppææ*. Leodii, 1830.

[3] Par exemple, *Senatusconsult. Silanianum*, sous Auguste. — *Senatusconsult. Vellejanum*, sous Claude. — *Senatusconsult. Trebellianum*, sous Néron. — *Senatusconsult. Pegasianum*, sous Vespasien.

[4] Par exemple, plusieurs *Senatusconsulta Claudiana*. — *Senatusconsultum Neronianum*. — *V.* aussi fr. 8, D. II, 15. — fr. 3. D. XXIV, 1. — fr. 52, § 10, D. XVII, 2. — fr. 1. D. XX, 2.

[5] *Senatusconsult. Macedonianum*, d'un certain *Macedo*, qui tua son père pour contenter ses créanciers. — Théophile, sur le § 7. J. IV, 7. — fr. 1, D. XIV, 6. — Cependant cela ne paraît être arrivé qu'à l'occasion de ce seul senatusconsulte.

[6] Fr. 1, pr. D. I, 4 : « Quod *principi placuit*, legis habet vigorem ; utpote cum *lege regia*, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat. » — Gajus. I, 5 : « Constitutio principis est, quod imperator *decreto*, vel *edicto*, vel *epistola* constituit, nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator *per legem* imperium accipiat. » — § 6, J. I, 2. — Sur la *Lex regia*, *v.* Heineccius, *Antiq.* lib. I, tit. 2, §§ 62-67. où se trouve un fragment de cette loi. — Bach, *Hist. jur.* lib. III, c. 1. sect. 1, § 3 seq. — Haubold, *Inst. hist. dogm.* § 57. note *b.* — *V.* surtout Niebuhr. I. p. 381, avec renvoi à Cicéron. *De Rep.* II, 13, 17, 18, 21.

[7] Ce conseil impérial s'occupait non-seulement de questions de droit, mais les affaires de l'État y étaient egalement traitées, et sous ce rapport, on l'appelait aussi le *consistorium principis*. *V.* Haubold, *De consistorio principum romanorum ;* dans ses *Opusc.* ed. Wenck, vol. I, nos 4. 5. — Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. 1. L'importance des décrets et rescrits était grande dès le principe, car ils étaient portés à la connaissance du public au moyen des journaux (*acta diurna*) et, sous ce rapport, ils étaient ce que sont les arrêts de nos cours. Quant à la publication par les journaux mêmes, *v.* Pline, *Ep.* VI, 14.

plusieurs se permettaient da s'écarter de leur édit, selou leurs caprices, pendaut l'exercice da leur eharge, Cornelius, tribun du peuple, fit passer (687 de Rome) une loi qui portait : *ut prœtores ex edictis suis perpetuis jus dicerent* [1]. Malgré eette mesure, les édits furent encore exposés à des variations; mais ellea étaient moius fréquentes qu'auparavant.

§ 41. *Des travaux faits sur l'Edit prétorien. Ofilius.*

Comme l'édit prétorien formait depuis longtemps une dea principalea sources du droit privé, il devint aussi bientôt l'objet des travaux littéraires et de l'enseignement; mais, avant tout, il fallut mettre dans un certain ordre eette masse informe de règles incohérentes, formée d'additions et de changements particuliers dans des temps différents; la dépouiller de ce qui était suranné, faire un eusemble de ce qui avait du rapport, et diviser le tout en parties, pour en faciliter l'aperçu général. Le premier qui se distingua dans ee travail fut *Ofilius* [2], ami da César, tandis que Servius Sulpicius, maître d'Ofilius, et qui avait été toute sa vie lié d'amitié avec Cicéron, n'avait composé qu'un reeueil succinct du droit prétorien [3].

§ 42. *De la nouvelle rédaction de l'Edit par Salvius Julianus.*

Quoique l'euvrage d'Ofilius eût beaneoup de mérite et fût d'une grande utilité pour ses contemporains, ee n'était cependant que le travail d'un particulier, privé de toute autorité. Aussi, l'édit d'Ofilius subit-il des aceroissementa et des ehangements, et, avee le temps, on sentit la nécessité toujours plus pressante de le faire retoueher sous les auspices de l'autorité pnblique. Cet état de ehoses eontinua jusqu'à ce que *Salvius Julianus* parvint à la préture sous Adrien. Plusieurs eireonstanees se réunirent pour le mettre à même de remédier à ce mal, par une nouvelle composition de l'édit, d'une manière proportionnée au but qu'ou devait se proposer [4]. Julieu était un grand jurisconsulte, et capable, en cette qualité, d'entreprendre un tel ouvrage [5]. Comme préteur, ou du moins désigné pour la préture [6], sea priviléges s'étendaient plus loin que ceux d'un simple particulier : il pouvait corriger, retrancher et ajouter. En outre, son entreprise était eonseillée par Adrien, et soutenue de son autorité [7]. Des édits des préteurs il conserva tout ce qui était en usage de son temps, en abrégeant autant que possible [8] et en écartant tout ee qui pouvait être contradictoire : il fit disparaître ee qui avait vieilli, ajouta et ehangea eertaines ehoses suivant les exigences da son sièele [9]; il rangea et divisa le tout par ordre de matières [10]. Adrien confirma eet ouvrage par un sénatusconsulte (J.-C. 131) [11], et depuis ce temps, eet édit resta en substance tel qu'il était, et devint uu des objets principaux de l'enseignement. Julien lui-même le commeuta [12], et après lui, plusieurs autres, parmi lesquels se distingue Ulpien [13], en firent aussi dea commentaires [14].

---

[1] Dio Cassius, XXVI, 23. — Ascon. Ped. *Ad Cic. pro Corn. maj. reo.*

[2] Pomponius dit do lui, fr. 2, § 44. D. I, 2 : « Edictum prætoris primus diligenter composuit ; » ce qui ne veut pas dire qu'il écrivit aur l'Edit, et encore moina qu'il fit lui-même un Edit, car il aurait fallu pour cela qu'il fût préteur, et il ne le fut jamais.

[3] « Ante aum (Ofilium) Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit. » Pomponius, *loc. cit.* — Cpr. fr. 5, § 1, D. XIV, 3. — On sait que l'on rapporte de César qu'il voulait « *jus civile ad certnm modnm redigere* » (Suétone, Isidore), par conséquent, rassembler les plébiscites, les sénatusconsultes; c'est ainsi que l'on voit que, d'après la nature de l'objet, la collection do droit se divisait en collection du droit civil, c'est-à-diro du droit de la législation proprement dite, et en collection du droit prétorien, c'est-à-dire du droit provenant de la jurisprudence.

[4] On dit aussi do lui : « *perpetuum edictum composuit.* » — Eutrope, lib. VIII, c. 17. — Aurel. Victor, *De Cæsar.* cap. 19, dit, certainoment à tort, de l'empereur Didius Julien : « *qui primus edictum, quod varie inconditeque a prætoribus promebatnr, in ordinem composuerat.* » — Justinien parle da cette *compositio edicti*, en la comparant avec ses *compositiones.* Const. Tanta, do confir. Dig. § 18.

[5] On voit, par ces mots qu'il prononçait souvent, combien il aimait la science : « *Etsi alternm pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addicere.* » fr. 20, D. XL, 5.

[6] On voit qu'il est devenu préteur, par le fr. 5, D. XL, 2.

[7] *V.* Const. Dedit, de confirm. Dig. § 18 : « *Sed et D. Hadrianus piæ memoriæ, quando ea, quæ a prætoribus quotannis edicta fuerant, breri complexus est libello,* adsumpto ad id optimo Juliano. »

[8] *V.* dans la même constitution les mots : *breri complexus est libello.*

[9] Dans le fr. 3, D. XXXVII, 8, il est parlé d'une *nova clausula*, qui vient de Julien

[10] Justinien le nommo lui-même *ordinatorem edicti prætorii perpetni. V.* Coost. 10, C. IV. 5.

[11] Coost. Dedit, de confirm. Dig. § 18.

[12] Sous le titre : *Digestorum libri XC.*

[13] Ulpien écrivit aussi : *Libri* LXXXIII *ad edictum prætoris,* dont les 81 premiers sont un commentaire aur l'édit du préteur et les 2 autres un commentaire sur l'édit des édiles.

[14] Nous na possédons plus que des fragments da

§ 43. 5. *Jurisconsultes.*

Les réponses et avis des jurisconsultes furent la cinquième cause des changements qu'éprouva le droit privé. De tout temps, les jurisconsultes jouirent de beaucoup de considération chez les Romains, et les simples particuliers et les magistrats avaient eu coutume de recourir aux hommes de loi pour prendre leurs avis sur les cas douteux qui se présentaient. Tout jurisconsulte avait la liberté de répondre *de jure*, et toute réponse, avant Auguste, avait une égale autorité : cette autorité n'était pas à la vérité celle de la loi, mais celle d'un homme de loi. Auguste fut le premier qui donna, à certains jurisconsultes distingués, le privilége particulier de répondre en son nom; d'où il arriva que les avis de ces jurisconsultes durent acquérir plus de considération [1]. Adrien détermina d'une manière encore plus précise le degré d'autorité que ces réponses devaient avoir, en établissant que quand les avis des jurisconsultes autorisés à répondre seraient unanimes, ils auraient force de loi (*legis vicem*) et seraient suivis par les juges, et que lorsqu'ils seraient partagés, le juge se conformerait à l'opinion qui lui paraîtrait la plus équitable [2]. La liberté qu'avaient en général les autres jurisconsultes de répondre sur les questions de droit, conserva la seconde place, et fut revêtue de la même autorité qu'auparavant; mais elle ne fut pas rétablie par Adrien, comme on l'a cru [3]. Nous avons déjà vu de quel poids étaient leurs décisions [4].

§ 44. 6. *De la science du droit.*

Les travaux qui furent faits sur le droit, par les savants, dans cette période, contribuèrent aussi aux changements qui furent opérés dans le droit civil; car l'étude du droit, aidée de la philosophie et de la littérature grecque, parvint bientôt à l'apogée de sa gloire. Les plus profonds jurisconsultes de Rome, qui vivaient alors, guidés par un esprit éclairé et pénétrant, marchèrent à grands pas dans la carrière de cette science, et la portèrent à une haute perfection. On a coutume de les nommer, pour cette raison, *jurisconsultes classiques*. Leurs écrits renfermaient des éclaircissements et des développements qui ne laissent rien à désirer sur les sources du droit, et ils furent entourés d'une si grande considération, que les décisions des tribunaux se réglaient sur leurs avis, tant parce que souvent ils remplissaient les charges les plus honorables, que parce que, dans l'emploi que l'on faisait des Douze Tables et de l'Edit, on ne pouvait se passer du secours de leurs explications savantes. C'est de leurs écrits que furent ensuite tirées les *Pandectes*, par ordre de l'empereur Justinien [5].

§ 45. *Jurisconsultes célèbres avant Auguste* [6].

Les jurisconsultes les plus célèbres de cette période, avant Auguste [7], étaient : *Q. Mucius Scævola* [8], *Aquilius Gallus*, *M. T. Cicéron* [9],

---

l'édit lui-même. Ils se trouvent chez Guil. Ranchini, *Edictum perpetuum Salvi Juliani restitutum*; dans le *Thes.* de Meerman, t. III, p. 235; dans Jac. Gothofredi, *Quatuor fontes jur. civ.* copiés de ce dernier dans Otto, *Thes.* t. III, et dans Hoffmann, *Hist. jur. rom.* vol. II, P. I. p. 305. — Le recueil le plus complet qui en ait été fait est celui de Wieling, *Frag. edicti perpetui.* Franeq. 1733. — L'histoire de l'édit a été décrite par Heineccius, *Hist. edictor. et edicti perpetui.* Dans ses *Opusc. posthum.* Halæ, 1744, p. 1-274, et dans ses *Opp.* t. VII, sect. 2, p. 1-280.

[1] Depuis Auguste jusqu'au temps de Constantin, et même jusqu'au temps de Justinien, les jurisconsultes étaient appelés *juris auctores* ou *conditores*, peut-être en opposition avec les *veteres*. *V.* Justinien dans le § 4, Const. Deo auctore.

[2] Gajus, I, 7. — Cpr. § 8, J. I, 2, et Théophile sur le § 9, ibid.

[3] A cause du fr. 2, § 47, D. I, 2.

[4] Warnkœnig, sur Gibbon, p. 118. — A. C. Holtius, *De auctoritate Jctorum romanorum*; dans les Commentatt instituti belgici. Amstelod. 1822. — Du Caurroy, *Sur les Responsa prudentum. Thémis*, t. II, p. 17 et t. VII, p 62 (éd. belge).

[5] Voici le témoignage que Leibnitz rend à ces hommes et à leurs écrits : « *Dixi sæpius post scripta geometrarum nihil exstare quod vi ac subtilitate cum romanorum jurisconsultorum scriptis comparari possit; tantum nervi inest, tantum profunditatis.* » *Oper.* vol. IV, P. III, p. 267. Ensuite : « *Ego Digestorum opus vel potius auctorum, unde excerpta sunt, labores admiror, nec quidquam vidi sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem.* » *Epist.* t. I, p. 119.—Cpr. Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, p. 4.

[6] *V.* Pomponius, fr. 2, §§ 41-47, D. I, 1. — Vinc. Gravina, *De ortu et progressu juris civilis*, § 46 et suiv. — Hoffmann, *Hist. juris*, P. I (1734), pag. 312 et suiv.

[7] Dans les débris qui nous sont parvenus des jurisconsultes classiques, aussi bien que dans les constitutions des empereurs avant Constantin, ces jurisconsultes sont appelés *veteres* (quelquefois aussi *antiqui*).

[8] Pomponius, fr. 2, § 41 cité, dit de lui : « *Jus civile primus constituit,* » et Cicéron, *de Orat.* I, 39, le nomme : « *Hominem omnium et disciplina juris civilis eruditissimum et ingenio prudentiaque acutissimum,—jurisperitorum eloquentissimum, eloquentium juris peritissimum.* » Cicéron, *Brutus*, c. 39-40.— Van Randwyck, *Spec. continens vitas Jctor. romanor. Quinti Mucii Scævolæ et Publii Rutilii Rufi.* Groening. 1826.

[9] A proprement parler, Cicéron n'était pas jurisconsulte, mais orateur et philosophe; il possédait ce-

Servius Sulpicius Rufus [1], * *Alfenus Varus* [2], *Ofilius*, *Trebatius Testa* [3], *Cascellius* [4], *Tubero* [5], * *Ælius Gallus* [6], *Granius Flaccus* [7].

§ 46. *Des écoles et sectes des jurisconsultes, depuis Auguste.*

Depuis Auguste, les jurisconsultes autorisés à résoudre les points de droit qu'on leur présentait (§ 44), paraissent s'être divisés davantage en certaines *écoles* ou *sectes;* du moins Pomponius, dans son *Histoire du droit*, qu'il commence à Auguste et finit à Adrien, met toujours en scène deux hommes de loi qui professent fréquemment des opinions et des principes différents [8]. Mais ces écoles n'ont probablement été en réalité que des établissements d'instruction, séparés en bureaux (*stationes*), et destinés à donner des avis [9]; ces institutions différaient les unes des autres par l'esprit des professeurs et des chefs, que les élèves suivirent à travers plusieurs générations. Cette séparation et cette diversité de vues et de principes firent naturellement naître plusieurs controverses, disputées d'abord avec acharnement, mais qui plus tard furent vidées par des constitutions impériales ou par la pratique. On nomme les auteurs suivants comme étant les fondateurs et les partisans les plus zélés des deux écoles principales :

* *Antistius Labeo* [10].	*Atejus Capito.*
Nerva, aïeul de celui qui fut empereur.	*Massurius Sabinus*, d'où vinrent les Sabiniens.
* *Proculus*, qui donna son nom à ses disciples, appelés Proculéiens.	*Cajus Cassius Longinus*, d'où viennent les Cassiens.
	Cœlius Sabinus.
Pegasus.	* *Javolenus Priscus.*
* *Juventius Celsus.*	* *Aburnus Valens* [11].
* *Neratius Priscus.*	* *Salvius Julianus* (§ 42).

§ 47. *Des jurisconsultes célèbres après Adrien.*

Depuis Adrien, les écoles ne furent plus bien distinctes. C'est dans ce temps qu'on a coutume de placer, quoique sans fondement, les Eclectiques, ou ceux qu'on appelle *herciscundi* et *miscelliones* [12]; car, il en exista sans doute déjà auparavant à côté des écoles, et il est certain que, même après Adrien, il y eut, parmi les jurisconsultes, des partisans des anciennes écoles [13]. Les plus remarquables des juriscon-

---

pendant beaucoup de connaissances du droit, et ses écrits, surtout ses plaidoyers, où tantôt il se montre comme demandeur, tantôt comme défendeur, sont de la plus haute importance pour l'étude du droit ancien; ils ont été, sous ce rapport, l'objet de beaucoup de travaux. *V.* la riche bibliographie de Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* ed. Otto (1826), p. 146, note *c.* — On doit y ajouter : P. C. Massé, *De M. T. Ciceronis orat. in Corn. Verrem, de jurisdictione siciliana.* Lugd.-Bat. 1824. — J. K. Klerck, *De M. T. Ciceronis orat. pro Cœlio.* Ibid. 1825. — A. C. Rovers, *Diss. in M. T. Ciceronis orationem pro Roscio Comœdo.* Traj. ad Rhen. 1826. — P. J. Elout, *Ad M. T. Ciceronis orat. pro Balbo.* Lugd.-Bat. 1828. — M. Schaaf Gratama, *De M. T. Ciceronis philosophia de jure civitatis et imperii principiis.* Grœning. 1827. — Ed. Platnerus, *De iis partibus librorum Ciceronis rhetoricorum, quæ ad jus spectant.* Marb. 1829. Ed. secunda, 1831.

[1] Cicéron, *Brutus*, c. 41. — fr. 2, § 44, D. I, 2. — Ever. Otto, *De vita et scriptis Servii Sulpicii;* dans son *Thes.* t. V, p. 1549. — *Quæstionum de Servio Sulpicio Rufo, jur. rom.* Sp. I, II scripsit R. Schneider. Lips. 1834.

[2] Ever. Otto, *Alfenus Varus;* dans son *Thes.* t. V, p. 1633.

[3] Nic. Hier. Gundling, *C. Trebatius Testa;* cum præf. de Jctis rom. illustribus. Gottl. Aug. Jenichen Lips. 1736.

[4] Ever. Gotbofr. Lagemans, *Dissert. de A. Cascellio Jcto.* Lugd.-Bat. 1823.

[5] P. H. S. Vader, *De Q. Ælio Tuberone Jcto, ejusque quæ in Digestis exstant fragmentis.* Lugd.-Bat. 1824.

[6] *C. Ælii Galli Jcti de verborum quæ ad jus civile pertinent significatione fragmenta.* Recensuit continuaque animadversinoe atque excursibus illustravit Carol. Guil. Ern. Heimbach. Lips. 1823.

[7] Les noms marqués d'un astérisque ont été extraits dans les Pandectes. *V. Index Jctorum Florentinus*, qui se trouve dans l'édition de Gœttingue et dans celle de Beck du *Corpus juris civilis.* — Wieling, *Jurispr. restituta*, donne aussi un catalogue complet des jurisconsultes cités, P. I, p. 72; et Sammet, *Hermeneutik*, p. 30-34, offre un catalogue, quoique très-incomplet, des auteurs qui ont expliqué les fragments de l'un ou de l'autre de ces jurisconsultes.

[8] Fr. 2, § 47, D. I, 2. — Sur ces différentes sectes, *v.* Vinc. Gravina, *De ortu et progressu jur. civ.* § 45. — Hoffman, *Hist. jur.* P. I, p. 312. — Mascovius, *De sectis Sabinianorum et Proculianorum.* Lips. 1728. — Eckhart, *Hermeneut. jur.* p. 152 et suiv.

[9] Cpr. Aulu-Gelle, *Noct. atticæ*, XIII, 13.

[10] Ch. Gl. Biener, *Antistius Labeo juris civilis novator* Lips. 1786; et dans ses *Opusc.* ed. Fr. Aug. Biener. Lips. 1830. V. I, nº 9.

[11] P. F. Smeding, *De Salvio Aburno Valente ejusque quæ in Digestis exstant fragmentis.* Lugd.-Bat. 1824.

[12] Festus, vº *miscelliones.*—Brunquell, *De jureconsultis herciscundis*, dans ses *Opusc.* p. 419. Le nom d'*herciscundi* est fondé sur un malentendu de Cujas. *V.* à ce sujet; Spangenberg, *Einl. in das Rœmisch. Rechtsb.* p. 230.

[13] Gajus, I, 196; II, 15, 37, 217; III, 87, 98, et dans plusieurs autres passages, se déclare lui-même encore partisan de l'école de Sabinus et Cassius, qu'il nomme *nostri præceptores;* il appelle, au contraire, Proculus et ses élèves : *diversæ scholæ auctores.* Cpr. fr. 32, D. XXXIX, 2. — fr. 138, pr. D. XLV, 1. — § 2, J. III, 23 (24).

sultes après Adrien sont : * *Taruntenus Paternus*, * *Mauricianus*, * *Papirius Justus* [1], * *Terentius Clemens*, * *Volusius Mæcianus* [2], * *Æmilius Macer*, * *Callistratus*, * *Thriphoninus*, * *Ulpius Marcellus*, * *Sextus Cæcilius Africanus*, *Ælius Marcianus*, * *Pomponius* [3], *Cervidius Scævola* [4], et surtout *Gaius* [5], * *Æmilius Papinianus* [6], *Domitius Ulpia-*

[1] Pipers, *De Papirio Justo Jcto.* Lugd.-Bat. 1824.

[2] Nous avons encore de lui un petit traité sur la division de l'*as*, publié d'abord par Sichard, dans son édition du *Breviarii Alariciani* (Basil. 1528); ensuite dans Grævius, *Thes. antiq. rom.* t. XI, p. 1705; enfin sous le titre : *L. Volusii Mæciani assis distributio, et Balbi mensoris de asse libellus.* Emend. et edit. Ed. Bœcking. Bonnæ, 1831.

[3] Il est l'auteur d'un *Enchiridion juris*, dont un grand fragment, sur les sources du droit, les magistrats et les jurisconsultes jusqu'à sous Adrien, a été inséré dans les Pandectes (fr. 2, D. I, 2). — *Sexti Pomponii de origine juris et omnium magistratuum et successione prudentium fragmentum*, ed. Chr. Gli. Haubold. Lips. 1792. — Les explications de Cujas, Bynkershoek et autres, sur Pomponius, se trouvent réunies dans J. C. Uhlius, *Opusc. ad histor. jur. et Max. ad Pompon. enchiridion illustr. pertin.* Halæ, 1735. Nous avons, en outre, de son *Liber singularis regularum*, un petit fragment sur l'indivisibilité des servitudes. — *V. Fragm. Sexti Pomponii*, cura ed. Bœcking. Bonnæ, 1831.

[4] Jo. Lud. Conradi, *De vita et scriptis Q. Cervidii Scævolæ.* Lips. 1755.

[5] Sur ses écrits, *v.* Bach, *Hist.* III, 2, sect. 5, §§ 14, 15.

L'ouvrage le plus important de Gajus est celui qui est intitulé *Institutiones*, parce qu'il est le fondement des Institutes de Justinien. Longtemps, il ne nous fut connu que par ce que nous en possédions dans le *Breviarium Alaricianum* (§ 59). Il se trouve dans Schulting, *Jurispr. antej.* pag. 1, et dans le *Jus civ. antej.* de Berlin, t. I, p. 187; en dernier lieu il fut publié de nouveau, avec des remarques critiques, par Ed. Bœcking, sous le titre suivant : *Gaji Institutionum libri duo et fragmentum Papiniani ex lege romana Visigothorum.* Bonnæ, 1831. — Cpr. Haubold, *Inst. lit.* t. I, p. 278.

Ce n'est qu'en 1816 que Niebuhr découvrit les vraies Institutes de Gajus dans un *palimpseste* de la bibliothèque du chapitre de Vérone. Ce *Codex Veronensis* a été imprimé d'après une copie qui en fut tirée, en 1820, par Gœschen, Becker et Bethmann-Hollweg; il a paru sous le titre de : *Gaji Institutionum commentarii IV, e codice rescripto bibliothecæ capitularis Veronensis auspiciis regiæ scientiarum Academiæ Borussicæ nunc primum editi.* Berol. apud Reimer, 1820, in-8°. On y trouve une préface de Gœschen, dans laquelle sont détaillées les circonstances de cette découverte : il y a exposé l'état et l'ancienneté de ce *Codex*, ainsi que la manière dont il a été déchiffré : il ne laisse pas non plus ignorer les écrits dans lesquels parurent les premiers éclaircissements sur cette nouvelle découverte. Le texte, qui présente encore de nombreuses lacunes, est enrichi de remarques faites par différents savants, surtout par Hugo, Savigny, Humbold, Gœschen, Hollweg et Biener. Comme supplément, on trouve, à la pag. 339, un fragment trouvé également à Vérone avec Gajus, et qui a pour titre : *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci.*

En 1824 parut la deuxième édition de Gajus, publiée, augmentée et corrigée par Gœschen; cette édition fut considérablement enrichie et rectifiée par la collation que fit Blume avec le *Codex Veronensis*, et l'on fit usage des remarques critiques d'autres savants.

Le texte de Gajus, réimprimé d'après la 1re édition de Berlin, se trouve aussi dans la *Ecloga juris civilis, qua cum Justinianeis Institutionibus Novellisque 118 et 127 continentur Gaji Institutionum commentarii IV, Ulpiani regular. liber singularis, Pauli sententiarum libri V, et breviora quædam veteris prudentiæ monumenta, etc.* Paris, 1822. Il se trouve encore dans *Gaji Institutionum comm. IV.* Leipzig, chez Hartmann, 1825.

Une nouvelle révision critique du texte :

a) Seulement du IVe livre de Gajus, mais accompagnée de beaucoup de rectifications, explications et remarques, a pour titre : *Gaji Jcti Institutionum commentarius quartus sive de actionibus.* Recensuit, restituere conatus est, adnotationem perpetuam librumque observationum adjecit Aug. Guill. Heffter. Berol. 1827, in-4°.

b) De tout le Gajus, sous le titre : *Gaji Institutionum commentarii IV*, cura Aug. Guill. Heffter. Bonnæ, 1830, in-12.

c) Une composition des Institutes de Gajus et de Justinien, avec un texte corrigé et des remarques, a paru sous le titre de : *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani.* Recognoverunt annotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt Clem. Aug. Car. Klenze et Ed. Bœcking. Berol. 1829.

On possède aussi le commencement d'une traduction allemande de Gajus, sous le titre : *Die Institutionen-Commentare.* Traduit du latin et accompagné de remarques par Ch. Ulrich Hans de Brockdorff. T. 1, Schleswig, 1824. — Il existe ensuite une traduction française : *Institutes de Gajus*, traduites en français par J. B. E. Boulet, avec des notes. Paris, 1827-28.

Parmi les ouvrages publiés sur Gajus, on remarque : Guil. Ant. Henr. Dittmar, *De nomine, ætate, studiis ac scriptis Gaji Jcti romani*, spec. I. Lips. 1826. — Ch. Gottl. Haubold, *Oratio : quantum fructum ceperit jurisprudentia romana et universæ antiquitatis cognitio e recens inventis Gaji Institutionibus genuinis* (1820). Dans ses *Opusc.* éd. Wenck, p. 665. — H. R. Brinckmann, *Notæ subitaneæ ad Gaji Institutionum commentarios.* Slesvici et Lips. 1821. — W. Van Swinderen, *Collatio Institutionum Justiniani cum Institutionibus Gaji Veronæ inventis, inde ab initio usque ad locum de tutelis*; dans les *Annal. acad. Grœning.* 1821. — Ever. Dupont, *Disquisitiones in commentarium IV Institutionum Gaji recenter repertorum.* Lugd.-Bat. 1822. — C. A. D. Unterholzner. *Conjecturæ de supplendis lacunis, quæ in Gaji Institutionum commentario IV occurrunt.* Wratislav. 1823. Sur ce dernier ouvrage, *v.* Dupont, dans la *Thémis*, t. VI, p. 86. — Chr. Frid. Elvers, *Promptuarium Gajanum.* Gœtt. 1824. — Jo. Potter van Loon, *Collatio Institutionum Justinianearum cum Gaji institutionibus Veronæ inventis.* Grœning. 1823. — Con. Jac. Van Assen, *Adnotatio ad Instit. Gaji commentarios*, lib. 1, 1826.

Parmi le reste de ses nombreux écrits ses *Res quotidianæ s. Aurea* paraissent avoir été un livre très-estimé. On suppose ou que ce livre était un nouveau travail sur ses Institutes, ou bien qu'il contenait seulement des additions, des rectifications et des explications de certaines matières; il fut également mis à profit par Justinien. Procem. J. § 6.

[6] Nous ne possédons de ses écrits (*v.* Bach, *loc. cit.* § 19) que ce qu'en contiennent les *Pandectes*, les *Va-*

nus [1], * *Julius Paulus* [2] et *Modestinus* [3]. D'autres moins célèbres, et dont les ouvrages ont cependant été employés pour les *Pandectes*, sont : * *Tertullianus*, * *Rutilius Maximus*, * *Licinius Rufinus*, deux ou trois *Saturnini*, * *Arrius Menander*, * *Furius Anthianus* et * *Florentinus*.

§ 48. *Des écrits des jurisconsultes.*

D'après le grand nombre de ces noms plus ou moins célèbres, il est aisé de conclure que, dans cette période, la littérature du droit fut très-riche [4].

Voici comment on peut les classer :

1° *Commentaires sur quelques sources du droit*, notamment sur les Douze Tables, sur l'Edit, sur certains décrets du peuple et sénatusconsultes ;

2° *Systèmes*, mis en abrégé sous le titre de *Institutiones*, ou de *Regulæ*, *Definitiones* ; et *Systèmes* traités avec plus d'étendue et de détails, sous le titre de *Digesta* ;

3° *Commentaires sur les systèmes d'autres jurisconsultes*, par exemple : *Libri ad Sabinum* ;

4° *Monographies*, ou traités sur certaines matières de droit (*libri singulares*) ;

---

ticana fragmenta, et la *Collatio legum mosaïcarum et romanarum*, ainsi que le court passage *De pactis inter virum et uxorem*, tout à la fin du *Brev. Alaricianum*. Schulting, p. 810, et le *Jus civ. antej.* Berol. t. I. p. 245, citent également ce passage.

[1] Bach, *loc. cit.* §§ 25-28. — C'est dans ses écrits qu'on a puisé la plupart des fragments insérés dans les *Pandectes*. En outre, nous avons encore de lui : *Tituli ex corpore Ulpiani*, que les modernes appellent *Fragmenta Ulpiani*, parce qu'il n'est pas tout à fait complet; il n'a été conservé que par un seul manuscrit non falsifié, qui se trouve encore à Rome, dans la bibliothèque du Vatican. Il fut d'abord publié par Dutillet, aidé de Cujas, sous le titre de : *Tituli XIX ex corpore Ulpiani*. Paris, 1549. Sur les éditions qui suivirent, v. Hugo, *Index editionum fontium*, à la suite de son édition de *Pauli sentent. receptæ*. Berol. 1795. — Haubold, *Inst. lit.* t. 1, p. 275. Il se trouve aussi dans Schulting, p. 537. Dans les derniers temps, Hugo s'en est beaucoup occupé; il le publia la première fois sous le titre : *Domitii Ulpiani Fragmenta libri regularum singularis, uti videtur, vulgo XXIX tituli ex corpore Ulpiani*. Berol. 1788; puis, une autre édition fut publiée, en 1811, d'après une copie très-exacte du manuscrit du Vatican; ensuite, en 1814, avec l'impression du manuscrit même, comme faisant partie de la nouvelle édition du *Jus civile antejustinianeum*. Cette édition fut revue et parut à Berlin, pour la quatrième fois, en 1822. — La dernière édition est : *Domitii Ulpiani fragmenta, quæ dicuntur tituli ex corpore Ulpiani* ; ex recognitione J. C. Bluntschli edidit Ed. Bœcking. Bonnæ, 1831; la dernière édition a été publiée en 1834, à Berlin, par Hugo. — Il faut encore particulièrement remarquer : Frid. Ad. Schilling, *Diss. critica de Ulpiani fragmentis*. Vratislaviæ, 1824. — Le même, *Animadversiones criticæ ad Ulpiani fragmenta*, spec. I, II. Lips. 1830; spec. III, Lips. 1831. On vient de découvrir à Vienne aussi quelques fragments des Institutes d'Ulpien. *De Ulpiani Institutionum fragmento in Bibliotheca palatina Vindobonensi nuper reperto* — scripsit Stephanus Endlicher. Vindobonæ, 1835.

[2] Bach, *loc. cit.* §§ 30-33. — Haubold, *loc. cit.* p. 276. Son ouvrage le plus précieux était celui qui est intitulé : *Sententiæ receptæ*, où l'on a beaucoup puisé pour les *Pandectes*, et que nous ne possédons que dans le *Breviarium Alaricianum*. Il se trouve dans Schulting, p. 187. Il fut mis au jour par Hugo, Berlin, 1795, et fait aujourd'hui partie de l'édition de Berlin du *Jus civile antej.* et de l'*Ecloga juris civ.* Paris, 1822. Les *Vaticana fragmenta* contiennent aussi beaucoup d'extraits de ses ouvrages. La dernière éd. critique est : *Julii Pauli receptarum sententiarum ad filium libri quinque cum interpretatione Visigothorum*. Recognevit annotatione indicibusque instruxit L. Arendt. Bonnæ, 1833. Plusieurs lui attribuent également le *Fragmentum veteris Jcti de juri fisci*.

[3] Bach, *loc. cit.* § 41. — Haubold, *loc. cit.* § 285. — Un fragment de ses *Regularum lib. III, de bonis libertorum*, se trouve dans Schulting, p. 801, et dans *Jus civ. antej.* Berol. t. I, p. 245. — Son ouvrage le plus important traite *De excusationibus tutorum et curatorum*, en langue grecque, et beaucoup de passages en ont été pris pour les *Pandectes*. — *V.* Kriegel, *Antiqua versio latina fragmentorum e Modestini libro de excusationibus in Dig. obviorum in integrum restituta*. Lips. 1830.

[4] Outre les deux ouvrages originaux de Gajus et d'Ulpien dont nous avons déjà parlé, celui de Paul et ce qui nous a été conservé des écrits des jurisconsultes romains dans le *Breviarium Alaricianum*, la *Collatio legum mosaïcarum* et les *Pandectes* de Justinien, nous avons encore quelques fragments particuliers d'écrits du même temps, dont les auteurs ne nous sont pas bien connus.

1° L'un porte le titre de *Fragmentum regularum veteris Jcti de juris speciebus et manumissionibus*. Il nous a été conservé par le grammairien Dosithée, et se trouve dans Schulting, p. 803, et dans l'édition de Berlin du *Jus antejustinianeum*. *V.* à ce sujet Haubold, *loc. cit.* p. 272. Il a été en dernier lieu retouché et publié par Fr. Ad. Schilling, *Diss. crit. de fragmento juris romani Dositheano denuo græce et latine edito*. Pars prior. Lips. 1819. La première partie contient un examen critique du texte, la seconde doit renfermer une explication. Il ne faut pas confondre avec ce fragment : *Dosithei magistri lib. III continens Adriani imperatoris sententias et epistolas*, qui se trouve aussi dans Schulting, p. 855, et qui est de peu de prix.

2° Le second fragment est appelé *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci*. Il n'y a que peu d'années qu'il a été trouvé à Vérone, avec Gajus ; on l'a mis au jour avec l'ouvrage de ce dernier.

3° Le troisième fragment a paru sous le titre : *Fragmentum græcum de obligationum causis et solutionibus, imprimis de stipulatione aquiliana ab Ang. Maio nuper in lucem protractum iterum edid. et brevibus annot. illustr.* Chr. Gl. Haubold. Lips. 1817 et dans ses *Opusc.* éd. Wenck et Stieber, vol. II, p. 347.

5° *Ecrits des casuistes*, par exemple : *responsa, epistolæ, quæstiones ;*

6° *Controverses, discussions ;*

7° Enfin, les *écrits divers*, par exemple : *libri variarum lectionum, membranarum, differentiarum*, etc.

QUATRIÈME PÉRIODE.

DEPUIS SÉVÈRE-ALEXANDRE JUSQU'À JUSTINIEN.

(235-530 après J.-C.)

§ 49. *Changements dans l'Empire romain.*

Après la mort de Sévère-Alexandre (après J.-C. 235), l'empire romain, jadis si puissant, mais déjà si affaibli, marchait à grands pas vers son entière destruction. Ceux qui parvenaient au trône, étaient élus et renversés au gré des prétoriens, et la constitution se transforma bientôt en un despotisme militaire absolu.

La confusion parvint à son comble, lorsque, sous le règne de Valérien (250-260), des peuples de la Germanie, les Allemanni, les Francs, les Goths et les Hérules fondirent sur les provinces romaines. Il est vrai que Dioclétien rendit quelque vigueur à l'empire (284), mais ce fut aussi sous lui que l'empire commença à être partagé. Constantin (306-337) rétablit l'ancienne Byzance qui, par suite de son agrandissement et de son embellissement, reçut de lui le nom de Constantinople; il en fit la seconde ville de l'empire et y transporta le siége du gouvernement. Dès son règne, la religion chrétienne devint dominante, et la langue grecque bannit de l'Orient de plus en plus la langue latine. Ces deux événements eurent nécessairement une grande influence sur le droit romain [1]. L'empire fut de nouveau partagé entre les fils de Constantin, et plus tard, les fils de Théodose le morcelèrent encore; Arcade eut l'Orient et Honorius l'Occident (305). Quoiqu'on s'en tînt à cette division, cependant, en butte aux attaques toujours plus violentes des barbares, contre lesquels les faibles empereurs d'Occident ne pouvaient pas opposer de résistance, les provinces romaines furent successivement envahies et perdues. Alaric, roi des Visigoths, attaqua l'Italie au commencement du cinquième siècle, et pilla Rome. Les Alains, les Vandales et les Suèves traversèrent les Gaules pour s'emparer de la presqu'île au delà des Pyrénées, et passer de là en Afrique ; les Francs, les Bourguignons, les Ostrogoths se répandirent dans les Gaules, dans l'Helvétie et sur les rives du Rhin; la Grande-Bretagne devint le partage des Saxons, et Attila qui, vers l'an 450, fondit sur les Gaulois avec les Huns dévastateurs, menaça l'empire d'Occident d'une chute prochaine. La cour de Constantinople était forcée de regarder en silence ces tempêtes qui s'élevaient en Occident : sa propre faiblesse, et plus encore, sa politique égoïste, ne lui permettait pas de tenter des efforts puissants pour la délivrance de ces contrées; enfin, Odoacre fit disparaître les restes de la partie occidentale de l'empire romain (476). Cette ancienne domination romaine, qui s'étendait sur l'univers entier, se borna, dès lors et pour toujours, au seul empire d'Orient [2], qui se soutint encore jusqu'à l'année 1453, époque à laquelle les Turcs s'en emparèrent.

§ 50. *Changements dans le droit romain.*

Les changements qu'éprouva le droit dans cette période, furent opérés presque uniquement par les *constitutions* des empereurs et l'*usage*. Les constitutions devinrent toujours plus fréquentes à proportion des droits que s'arrogeait le despotisme des empereurs; cependant elles étaient, quant à leur contenu et

[1] Sur l'influence du christianisme sur le droit romain. v. Haubold, *Inst. juris romani hist. dogm.* §§ 138, 139. — Troplong, *De l'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*. Paris, 1843. Réimprimé à Louvain, 1844. L'auteur cherche à établir que le christianisme a exercé une influence très-puissante sur presque toutes les parties du droit civil romain; que le développement du christianisme dans la société romaine a été successif; il divise son exposé en trois grandes phases : l'époque des persécutions; celle des empereurs convertis et celle des empereurs occupés à convertir. Il prend l'élément chrétien à sa naissance, au moment où il se combine avec le droit, pour arriver ensuite à l'époque chrétienne de Constantin et, plus tard tard, de Justinien. — De Meysenbug, *De christianæ religionis vi et effectu in jus civile*. Gœtt. 1828.

[2] Justinien reconquit, il est vrai, l'Italie, mais déjà sous son successeur, ce pays fut de nouveau et pour toujours perdu pour l'empire.

à leur but, très-différentes les unes des autres [1]. Les lois proprement dites, celles surtout qui avaient été rendues sous les premiers empereurs, étaient en très-petit nombre. La plupart de ces constitutions ne concernaient pas même le droit privé; mais elles avaient pour objet le gouvernement, particulièrement les finances, la guerre et l'administration des provinces; il n'y en avait presque point qui renfermassent, avant Constantin, de nouveaux principes de droit; elles se bornaient à indiquer comment il fallait appliquer, en certains cas et à certaines personnes, le droit en vigueur. Ainsi considérées, on les partage en deux espèces :

1° Les *constitutiones generales*, règles générales auxquelles chaque sujet était tenu de se conformer; c'est à cette classe qu'appartiennent particulièrement les *edicta* ou les *leges edictales* que l'on peut seules considérer comme de vraies lois [2].

2° Les *constitutiones personales*, dont les dispositions ne regardaient que certaines personnes; de ce nombre étaient les *privilegia* [3]; mais on peut aussi ranger dans cette classe :

a) Les *mandata*, ordres ou instructions des empereurs pour les magistrats;

b) Les *decreta*, décisions sur des procès qui parvenaient, par la voie de la provocation ou de l'appel, au conseil des empereurs (*auditorium principis*);

c) Les *rescripta*, réponses sur des questions douteuses, données par les empereurs d'après les lumières de ce même conseil et selon le droit existant [4].

Avant Constantin, les constitutions des empereurs n'étaient, pour la plupart, que des décrets et des rescrits; mais depuis Constantin, les édits parurent en plus grand nombre, et ils étaient souvent d'autant plus importants, que le christianisme détruisait beaucoup d'idées anciennes, et que les mœurs et l'idiome de l'Orient, où se trouvait le siége de l'empire, s'écartaient entièrement des mœurs et de l'idiome de l'Occident.

§ 51. *De la décadence de la science du droit.*

La science du droit, qui avait atteint son plus haut point de perfection sous Adrien et les deux Antonins, perdit sa force, resta dans l'inaction, et ne put conserver son importance au milieu de la destruction intérieure que l'empire éprouvait depuis la mort de Sévère-Alexandre. Toutes les connaissances furent dégradées, et l'ancien esprit romain tomba sous le joug du despotisme et de la corruption [5]. Il ne parut, dans cette période, presque aucun jurisconsulte distingué, et entre ceux qui vécurent encore avant Justinien, il n'y a que *Grégoire*, *Hermogène* [6], *Aurelius Arcadius Charisius*, et *Julius Aquila* qui méritent d'être remarqués; les trois derniers, parce qu'on a conservé de leurs ouvrages quelques fragments dans les Pandectes [7], et les deux premiers, parce qu'ils ont rendu de grands services par les deux collections qu'ils ont faites des constitutions des empereurs (§ 54).

§ 52. *État des sources du droit au commencement du cinquième siècle.*

Au commencement du cinquième siècle, l'état des sources du droit était ainsi qu'il suit : pour la *théorie*, c'étaient les anciens plébiscites, les sénatusconsultes, les édits des magistrats romains, les constitutions des empereurs et les coutumes non écrites : les Douze Tables étaient encore la base de toutes les lois; le reste n'était considéré que comme une addition ou une modification; pour la *pratique*, il n'y avait que les ouvrages des jurisconsultes classiques et les constitutions qui servissent de sources [8]. Ces jurisconsultes, en effet, avaient rendu au juge

[1] Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* § 161.

[2] Const. 3, C. I, 14. — *V.* cep. const. 12, C. ibid. et la note suivante.

[3] Fr. 1, § 3, D. I, 4 : « *Planè ex his* (constitutionibus) *quædam sunt personales, nec ad exemplum trahuntur* »

[4] On voit que ce n'étaient pas des lois proprement dites dans le commencement, par ce qu'on lit des empereurs Théodose et Valentinien dans la const. 2. C. I, 14 : « *Nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis atque personis pro quibus fuerint promulgata.* » Il était tout naturel de les consulter comme les *præjudicia* du tribunal supérieur ou les *responsa prudentum*. Ce fut Justinien qui les revêtit de l'autorité des lois. Const. 12. C. I, 14. — *V.* le § 39, note 7.

[5] Pour se former une idée de la décadence de la science du droit dans ces temps, on n'a qu'à consulter la lettre de publication du *Code théodosien*, et la comparer avec Ammien Marcellin, XXX, 4.

[6] Il fit, sous le titre de *Juris Epitomarum libri VI*, un recueil d'extraits tirés des écrits des anciens jurisconsultes; il fut employé aux Pandectes de Justinien. Bach, *Hist. juris*, III, 3, sect. 4, § 8. — Finestres et de Monsalvo, *In Hermogeniani juris epitom. libr. VI commentarius*. Cervariæ Lacetan. 1757.

[7] Haubold, *Inst. hist. dogm.* § 195.

[8] Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, p. 7.

et à la pratique un grand service, en débrouillant par leur travail, pour les ignorants même, ce chaos des anciennes sources des lois. Leurs écrits conservèrent donc encore l'autorité qu'ils avaient obtenue auparavant en justice; mais outre qu'ils étaient en très-grand nombre [1], et que, quand les sciences tombèrent, ils devinrent toujours plus rares, les juges n'étaient plus en état de peser les raisons sur lesquelles les jurisconsultes appuyaient leurs opinions, et ils se contentaient, pour la plupart, de s'attacher aux noms célèbres ou à l'opinion dont ils connaissaient les motifs. L'autorité qu'on accordait aveuglément aux opinions des jurisconsultes augmenta de plus en plus; et, comme ceux qui avaient traité du droit avec le plus de perspicacité ne s'accordaient pas sur beaucoup de points, il est aisé de comprendre combien la justice, dans les mains de tels juges, fut chancelante, incertaine et arbitraire.

§ 53. *Des ordonnances de Constantin, de Théodose II et de Valentinien III, sur les écrits des jurisconsultes.*

Dans cet état de choses, Constantin paraît déjà avoir senti la nécessité de désigner, par des ordonnances particulières, les écrits des anciens jurisconsultes qui devaient jouir d'une autorité particulière et ceux pour lesquels on ne devait avoir aucun égard [2]. Cent ans après (426), Théodose II fit publier, pour l'empire d'Orient, une ordonnance semblable, qui eut aussi bientôt force de loi pour l'Occident même, sous Valentinien III [3]. Ordinairement, mais à tort, on attribue cette ordonnance à Valentinien III, et on la nomme, pour ce motif, *Loi de citation* (*Citirgesetz*) *de Valentinien*. D'après cette ordonnance, tous les ouvrages de Papinien, de Paul, de Gajus, d'Ulpien et de Modestinus, et ensuite ceux des anciens jurisconsultes dont les opinions et les traités avaient été adoptés et expliqués par ces cinq jurisconsultes, eurent la même autorité que celle de la loi; mais il fallait au préalable que les manuscrits eussent été collationnés et qu'on en eût déterminé la véritable leçon: on en excepta toutefois les notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, qui avaient déjà été auparavant prohibées par Constantin et qui ne devaient plus être d'aucun poids.

Quand les avis étaient partagés, la pluralité des voix décidait; quand les voix étaient égales de part et d'autre, l'avis de Papinien était préféré, et quand lui-même n'avait rien dit, la décision était abandonnée à la sagesse des juges. Par toutes ces ordonnances on gagna peu, ou plutôt on ne gagna rien; car, au lieu d'un examen approfondi des opinions différentes, qui auparavant était toujours possible, le juge était en quelque sorte astreint à compter machinalement les voix [4].

§ 54. *Gregorianus et Hermogenianus Codex.*

A l'égard des constitutions, il se présenta une difficulté de la même nature, quoique beaucoup moins importante. Leur nombre était grand; elles étaient établies et avaient été publiées isolément; en sorte que ce n'était pas peu de chose que de les connaître et de les posséder en entier. Des recueils devinrent donc d'une pressante nécessité, et c'est ce qu'entreprirent de faire deux jurisconsultes, *Grégorien* et *Hermogène* (Gregorianus et Hermogenianus) [5], qui vécurent vers le

[1] Gibbon, *loc. cit.* p. 168, dit: Dans l'espace de dix siècles, la diversité infinie des lois et les opinions sur les lois remplit plusieurs milliers de volumes, que personne n'était assez riche pour acheter ni capable de parcourir. Les livres ne se trouvaient pas facilement, et les juges, pauvres au sein de l'abondance, étaient souvent forcés de s'en rapporter à leurs propres idées. Cpr. const. 2, § 17, C. I, 17.

[2] Nous savions déjà par la Const. 1, Cod. Theod. IX, 43, que Constantin ne voulait pas qu'on considérât comme dignes d'attention les notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien, et par la *Consultatio vet. Jcti*, § VII (Schulting, *loc. cit.* p. 821), on a reconnu que les *Sentent. rec.* de Paul avaient obtenu une grande autorité par les constitutions des empereurs. On peut encore voir deux constitutions de Constantin, inconnues jusqu'à présent, que M. Clossius, professeur à Tubingue, a trouvées dans la bibliothèque Ambroisienne de Milan, et par lesquelles on explique le « *sicut dudum statutum est* » qui se trouve dans la *loi de citation* de Valentinien. V. *Theodosiani Codicis genuini, fragmenta ex membranis bibliothecæ Ambrosianæ Mediolanensis*, nunc primum edidit Walth. Frid. Clossius. Tubing. 1824, p. 35. (Lib. 1, tit. 4, Const. 1, 2.)

[3] Elle se trouve dans le *Code Théodosien* comme Const. un. *de responsis prudentum*, I, 4. — *V.* à ce sujet: Haubold, *Exerc. de emendatione jurisprud. ob Imp. Valent. III instituta et ad L. un.* C. Th. *de responsis prudentum*. Lips. 1796, et ses *Opusc.* éd. Wenk et Stieber, vol. II, p. 1. — Wenk, dans sa préface sur Haub. p. 3-23, a fait de riches additions à Haubold. — Savigny, *loc. cit.* t. I, p. 8.

[4] C'est pourquoi, dans la suite, cela fut défendu par Justinien, dans la Const. *Deo auctore*, de concept. Digest. ad Tribonianum, § 6.

[5] Une preuve qu'ils s'appelaient ainsi, et non comme d'autres le croient, Gregorius et Hermogènes, est que le *Corpus Hermogeniani* est cité ainsi dans la *Consultatio veteris Jcti*, § 89.

milieu du quatrième siècle, en composant deux Codes des constitutions des empereurs [1], qui ne renfermaient cependant pour la plupart que des rescrits [2]. Le *Code grégorien* renfermait les constitutions des empereurs depuis Adrien jusqu'à Constantin, et le *Code hermogénien* n'était probablement qu'une addition faite au premier, et contenait les constitutions de Dioclétien et de Maximinien. Au reste, nous n'avons conservé de ces deux Codes que quelques fragments [3].

§ 55. *Theodosianus Codex.*

Le *Code théodosien* fut d'une plus haute importance que les deux autres dont nous venons de parler [4]. En effet, l'empereur Théodose le jeune, aidé de plusieurs jurisconsultes, à la tête desquels se trouvait Antiochus, ex-consul et ex-préfet du prétoire, fit un recueil d'édits des empereurs, qu'il accompagna encore de quelques rescrits et le publia en 438, comme Code pour l'empire d'Orient [5]. Aussitôt il envoya ce nouveau code à son gendre Valentinien III qui l'adopta la même année pour l'Occident, et le présenta au sénat à Rome, où il fut reçu avec acclamation [6].

Ce code renferme les constitutions des empereurs depuis Constantin, et quand elles concernent des matières différentes, elles sont divisées en différents titres, et sont, par conséquent, très-morcelées. Il se composa de seize livres, dont chacun est partagé en titres. Nous le possédons encore entièrement depuis le septième jusqu'au seizième livre, ainsi que la dernière partie du sixième. Il n'est pas complet depuis le premier livre jusqu'au cinquième et le commencement du sixième, et ce qui nous en reste a été extrait du *Breviarium Alaricianum*. Nous devons à Jacques Godefroy une bonne édition du Code théodosien enrichie d'excellents commentaires [7]. Elle ne fut mise au jour qu'après sa mort, par Antoine Marville, en six volumes in-fol., à Lyon, en 1665 ; plus tard, elle fut retouchée et accompagnée de variantes et de plusieurs additions, par Jean Daniel Ritter, et parut, à Leipzig, en 1736-1745, en six volumes in-fol., dont le dernier est divisé à son tour en deux parties. La plus nouvelle édition du Code théodosien se trouva dans le *Jus civile antejustinianeum*, Berlin, 1815, t. I, p. 275-786 ; t. II, p. 786-1215. Mais depuis, plusieurs vraies constitutions, tirées des cinq premiers livres, ont été trouvées tant par Clossius, dans la Bibliothèque ambroisienne de Milan, que par Amédée Peyron, dans des Bibliothèques de Turin [8], et ensuite publiées.

---

[1] Auparavant des jurisconsultes avaient déjà fait de semblables recueils. Papirius Justus avait rassemblé les rescrits des *Divi fratres* (Wieling, *Jurispr. rest.* p. 157); Dosithée, les rescrits d'Adrien (Schulting, p. 855, et Dosithée, *Magistri interpretamentorum liber tertius*; ed. Bœcking, Bonnæ, 1832, p. 1); Ulpien, dans son livre *De officio proconsulis*, a recueilli toutes les ordonnances qui avaient été rendues contre les chrétiens (Lactance, *Div. Inst.* V, 15), et Julius Paulus avait réuni des décrets impériaux sous le titre de *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum libri VI* (Inscr. fr. 113, D. XXXV, 1).

[2] Bach, *Hist. jur.* III, 3, sect. 4, §§ 2-8.

[3] Ils se trouvent dans Schulting, p. 683, et dans l'édition de Berlin du *Jus civile antejustinianeum*. — Cpr. Haubold, *Inst. lit.* p. 259.

[4] Il est certainement plus exact de dire *Theodosianus Codex*, comme *Gregorianus et Hermogenianus Codex*, que *Codex Theodosianus*.

[5] Bach, *loc. cit.* III, 4, sect. 2, § 4 et suiv. — De Crassier, *Diss. de confectione Codicis Theodos.* Leodii, 1825.

[6] *V.* le protocole remarquable du sénat à Rome, sur la réception du *Code Théodosien* en Occident, de l'an 438. Il se trouve dans Clossius (*v.* § 53, note 2).

[7] Sur la première publication du *Code Théodosien*, par Dutillet et Cujas, *v.* Haubold, *Inst. lit.* t. I, p. 261. — Le même, *Inst. jur. rom.* §§ 218-220. — Hugo, *Ind. fond.* p. 162 et suiv.

[8] Celles qui ont été découvertes par M. Amédée Peyron renferment beaucoup de fragments des cinq premiers livres. Elles ont été aussi publiées sous le titre de *Codicis Theodosiani fragmenta inedita ex codice palimpsesta bibl. reg. Taurinensis Athenæi in lucem protulit atque illustravit Amadæus Peyron.* Taurin. 1724. (Cpr. *Thémis*, t. III, p. 185. 474; t. VI, p. 411, 489. — Clossius, *loc. cit.* præf. p. VII.) — D'autres découvertes appartiennent encore au Code Théodosien : Chr. G. Haubold, *Prætermissorum imprimis ad breviarium alaricianum pertinentium e codicibus a Gustavo Hænelio novissime collatis Promulsis I.* Lips. 1822, et dans les *Opusc.* ed. Wenck, vol. II, p. 297.

Les fragments trouvés et publiés par Clossius et Peyron ont été rassemblés et coordonnés par Puggé, dans : *Theodosiani codicis genuina fragmenta cum ex codice palimpsesto biblioth. reg. Taurinensis Athenæi edita, tum ex membranis biblioth. Ambrosianæ Mediolanensis in lucem prolata.* Inter se disposuit atque edidit D. Ed. Puggæus. Accedunt Theodosiani Codicis variæ lectiones. Bonnæ, 1825, in-8°.

L'ouvrage suivant contient une nouvelle révision des cinq premiers livres du Code Théodosien, tels que nous les possédions jusqu'alors, avec intercallation des constitutions trouvées par Clossius, Peyron et autres : *Theodosiani Codicis libri V priores recognovit, additamentis insignibus a Clossio et Am. Peyron repertis aliisque auxit, notis subitaneis tum criticis tum exegeticis, nec non quadruplici appendici instruxit* C. F. Ch. Wenck. Lips. 1825, in-8°.

§ 56. *Nouvelles constitutions de l'empereur Théodose II et de ses successeurs.*

Quand le Code théodosien fut achevé, les empereurs Théodose II et Valentinien III, ainsi que leurs successeurs, publièrent encore plusieurs nouvelles ordonnances qui, à cause de cela, furent appelées *Novellæ id est novæ constitutiones* [1]. On les a fait entrer dans les éditions du *Code Théodosien* sous le nom de *Novellæ constitutiones imperatorum, Justiniano, anteriorum, Theodosii, Valentiniani*, etc. [2].

§ 57. *Ecrits sur le droit de cette période avant Justinien.*

Depuis Sévère-Alexandre jusqu'à Justinien, presque aucun jurisconsulte ne s'illustra. Tous les travaux de cette période se bornaient à des recueils de constitutions impériales et à des compilations d'écrits des anciens jurisconsultes. Il nous en est resté fort peu de chose; car, outre les fragments des Codes hermogénien et grégorien et les extraits des ouvrages d'Hermogénien, d'Aurelius Arcadius Charisius et de Julius Aquila (§ 51), il ne nous est parvenu que les ouvrages suivants, dont on ignore les auteurs :

1° Les *Vaticana Fragmenta*, que Ang. Mai a publiés, en 1823, d'un *codex rescriptus* de la bibliothèque du Vatican. Ils contiennent des fragments de jurisconsultes de la période antérieure et des constitutions impériales, et paraissent être le reste d'une grande collection de droit, qu'un jurisconsulte inconnu a publiée, pendant le temps qui s'est écoulé entre la publication du Code hermogénien et celle du Code théodosien [3];

2° *Notitia dignitatum Orientis et Occidentis*, qui est une espèce d'almanach de l'empire romain : il contient une revue de tout le territoire de l'empire romain et de tous les emplois publics, du milieu du cinquième siècle [4]; mais Bœking prétend qu'il est du commencement du cinquième siècle (400-404) [5];

3° *Mosaïcarum et Romanarum legum Collatio*, qui fut composée probablement sous Théodose II, et qu'on trouve dans les ouvrages du moyen âge sous le titre de *Lex Dei*, ou même de *Lex Romana*, ou de *Pariator legum Mosaïcarum et Romanorum*. Cet ouvrage n'est qu'une bien misérable comparaison des lois de Moïse et de Rome, tendant à montrer comment les unes découlaient des autres. Sous ce rapport, il est de peu de prix ; mais comme il renferme en même temps nombre de citations prises dans des écrits sur le droit romain et dans des constitutions impériales, il est pour nous d'une grande importance. Nous ne devons sa conservation qu'à un seul manuscrit non falsifié, qui fut trouvé à Lyon dans la *Bibliotheca Sequanorum aut Mandubiorum*, et que Pithou publia, pour la première fois, en 1573 [6]. Dans les derniers temps, deux manuscrits ont encore été découverts, l'un à Verceili, par Blume ; l'autre par Laucizolles, à Vienne [7] ;

4° *Consultatio veteris Jcti*. C'est un recueil d'opinions d'un jurisconsulte inconnu qui vécut probablement après que le *Breviarum Alaricianum* eut paru. Les preuves sur lesquelles sont appuyées ses opinions sont tirées, la plu-

---

[1] Haubold, *Inst. lit.* p. 265.

[2] Elles se trouvent dans l'édition de Godefroy, au commencement du volume; dans celle de Ritter, t. VI, p. 2 à la fin; et les plus complètes sont celles du *Jus civ. antejus.* de Berlin, t. II, p. 1217.

[3] Ces fragments pourraient être une partie du *Hermogeniani juris epitome*. Cpr. *Vatic. fragm.* § 3, 4, avec le fr. 7, D. XVIII, 3, ainsi que § 15 avec le fr. 49, D. XIX, 1. — L'édition origioale de ces fragments est : *Juris civilis antejustiniani reliquiæ ineditæ ex cod. rescr. bibliothecæ vaticanæ*, cur. Angelo Maio. Romæ in coll. urb. ap. Burliæum, 1823. Après celle-ci, les éditions suivantes parurent : *Vaticana juris romani fragmenta, Romæ nuper ab* Angelo Maio *detecta et edita*; elle fut revue par les éditeurs de la *Thémis*, mais en particulier par Jourdan. Paris, 1823. — *Juris rom. antejustinianei Fragmenta vaticano e codice palimpsesto eruit* Angelus Maius. Romæ et Berolini, 1824. — *V.* sur cette edition, *Thémis*, t. VI, p. 521 (éd. belge). — Les derniers travaux critiques faits sur ces fragments sont : *Fragmenta juris civilis antejustinianei e cod. rescr. ab* A. Majo *edita recognovit et commentario instruxit* A. De Buchholz. Regiomontani, 1828. — *Locorum ex jure romano antejustinianeo ab incerto scriptore collectorum Fragmenta, quæ dicuntur Vaticana*, ed. Angel. Majus, recognovit Aug. Bethmann-Hollweg. Bonnæ, 1833.

[4] Bach. *Hist. jur.* III, 4, sect. 3, § 6. Sur les diverses éditions et les commentaires, *v.* Haubold, *Inst. lit.* t, 279.

[5] A cette occasion, nous devons rappeler cet auteur que nous avons déjà mentionné au § 19, Jean de Lydie, ainsi qu'un fragment édité pour la première fois en 1829, bien qu'appartenant à une époque postérieure : *Incerti auctoris magistratuum et sacerdotiorum P. R. expositiones ineditæ.*

[6] La *Collatio* se trouve chez Schulting, p. 719 et dans le *Jus antej.* de Berlin, p. 1417. — Haubold, *loc. cit.* p. 281.

[7] La dernière édition critique de la *Collatio* a paru sous le titre : *Lex Dei sive Mosaïcarum et Romanarum legum Collatio.* E codd. mss. Vindobonensi et Vercellensi nuper repertis auctam atque emendatam edidit notis indicibusque illustravit Fr. Blume. Bonnæ, 1833.

part mot à mot, des écrits des jurisconsultes romains et des constitutions des empereurs. Ce recueil fut publié, pour la première fois, par Cujas, en 1577 [1].

§ 58. *Destinée postérieure du droit romain.*

1. *En Occident.*

Toutes les collections de constitutions impériales, faites depuis Constantin, ne pouvaient être que d'une utilité momentanée, et déjà au commencement du sixième siècle, on paraît avoir senti, en Occident comme en Orient, la nécessité de nouveaux recueils. En Occident, en effet, les Germains avaient élevé plusieurs royaumes sur les ruines de l'empire romain. Dans le même empire, les Romains vaincus étaient confondus avec les peuples allemands. Ceux-ci conservaient, dans les nouveaux pays qu'ils occupaient, leurs lois et leurs coutumes nationales; et quoique les Romains qui vivaient parmi eux fussent vaincus, ils restèrent soumis, comme auparavant, aux lois romaines. Ce système de droits personnels ou nationaux, qui dominait au commencement du moyen âge [2], fit sentir bientôt la nécessité de rassembler et de transcrire, pour les Allemands, les lois allemandes (*leges barbarorum*), et de composer, pour les Romains qui vivaient sous la domination des Germains, de nouveaux recueils du droit romain encore existant (*lex romana*) [3]; ainsi, deux espèces de livres de lois prirent naissance dans le nouvel Empire germanique : des lois germaines, et des lois romaines; nous n'examinerons ici que les dernières [4].

§ 59. Lex Romana *des Ostrogoths, des Visigoths et des Bourguignons.*

Les plus importantes de ces nouvelles collections de lois, chez les peuples germains, sont :

1° L'*Edit de Théodoric*, roi des Ostrogoths, publié à Rome en 500, et sanctionné comme droit en vigueur, non-seulement pour le Romain vaincu, mais aussi pour l'Ostrogoth. Il est entièrement puisé dans le droit romain, particulièrement dans le Code théodosien, dans les Novelles postérieures et dans les *Sententiæ receptæ* de Paul; mais ces sources mêmes y sont tellement mutilées que le droit romain y est devenu méconnaissable [5];

2° Le *Breviarium Alaricianum*, chez les Visigoths [6]. Alaric II, roi des Visigoths, fit faire un extrait des Codes grégorien, hermogénien et théodosien, ainsi que de quelques Novelles postérieures et des écrits de Gajus, Paul et Papinien, par des jurisconsultes romains, sous la direction de Gojarich, *comes palatii*, et le publia pour les Romains de son royaume. La plupart des passages sont accompagnés d'une paraphrase (*interpretatio*), écrite en mauvais latin, mais que l'on comprenait alors [7]. Cette compilation des Visigoths se nomme ordinairement *Breviarium Alaricianum* ou *Aniani*, d'Anien, référendaire particulier d'Alaric qui lui ordonna de revêtir de sa signature les exemplaires du *Breviarium* adressés aux *comites* [8]. Il est cité fréquemment dans le moyen âge, sous les titres de *Corpus theodosianum*, *Lex theodosiana*, *Liber legum*, *Lex romana*. Nous devons à cette compilation beaucoup de choses qui auraient été perdues,

---

[1] Elle se trouve dans Schulting, p. 811 et dans le *Jus. civ. antej.* de Berlin, p. 1475. — Haubold, *loc. cit.* p. 284.

[2] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. 28, article 2. — Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, p. 90. — Cpr. aussi E. V. Godet, *Essai sur l'histoire externe du droit dans la Gaule et dans la Belgique*. Liége, 1830.

[3] *Lex romana* signifie, dans la langue d'alors, droit romain en général ou livre de lois romaines. — Savigny, t. I, p. 105-112.

[4] Sur les livres de lois germaines de ce temps ou les *leges barbarorum*, *v.* les §§ 88 et 89.

[5] Il a été publié, pour la première fois, par P. Pithou, comme appendice à son édition des œuvres de Cassiodore (Paris, 1579, fol.), et c'est ainsi qu'il se trouve aussi à la suite de la plupart des éditions modernes de ces œuvres, comme aussi dans les collections de Lindenbrog, Georgisch, Canciani et Walter (*v.* § 89, note 1). *V.* à cet égard : Haubold, *Inst. lit.* p. 286. — Savigny, t. I, p. 12; t. II, p. 164.

[6] Chr. Gottl. Biener, *Hist. legum Wisigoth. in regno Hispaniæ vetere*, spec. I, de legib. Theodoricianis et codice Alariciano. Lips. 1783, et dans ses *Opusc.* éd. Frid. Biener, vol. II, n° 2. — Savigny, t. I, p. 257; t. II, p. 36. — Guizot, *Cours d'histoire moderne*. Paris, 1827, t. I, et dans la *Revue française*, 1828, n° 6, p. 202-244.

[7] *V.* Jac. Gothofredus, *Proleg. Codicis Theod.* cap. VI. Les Institutes de Gajus seules n'étaient pas accompagnées d'une pareille interprétation, car elles étaient entièrement refondues.

[8] On dit généralement qu'Anien ne revêtit de sa signature que la lettre de publication; mais qu'on consulte le *Commonitorium* et Jac. Gothofredus, *loc. cit.* chap. V, §§ 7, 8, qui s'exprime ainsi à ce sujet : « *Muniri voluit Alaricus hujus Codicis exemplaria, ne scilicet variatio accideret, subscriptione Aniani viri spectabilis.* » Ce *commonitorium* se trouve aussi dans Savigny, t. II, p. 37.

particulièrement les fragments des Codes grégorien et hermogénien, ceux des cinq premiers livres du Code théodosien, ainsi que des écrits de Gajus [1], Paul et Papinien [2];

3° Chez les Bourguignons, depuis 517 jusqu'en 534, il fut fait aussi pour les sujets romains de ce royaume, une *Lex romana*, connue sous le nom de *Papiniani liber responsorum* ou de *Papiniani responsum* [3]. Ce livre de lois est en grande partie tiré des vraies sources du droit romain. Le titre de *Papiniani responsum* vient d'une erreur que commit Cujas, et qu'il reconnut plus tard. Chaque *Breviarium Alaricianum* complet se termine, en effet, par une petite citation tirée de *Papiniani liber responsorum*. Mais on trouve communément dans les manuscrits : *Papiānus* au lieu de *Papinianus*. Cujas prit un *Breviarium* complet à la suite duquel venait, sans autre signe d'un nouvel ouvrage, la *Lex romana* des Bourguignons. Il prit d'abord cette dernière loi pour une continuation de ce passage de Papinien, commença par ce passage la *Lex romana* des Bourguignons, et lui donna le titre de *Papiniani liber responsorum*, tandis que cet ouvrage est attribué à un rédacteur inconnu. C'est pour cette raison que, dans la première édition de Cujas, de 1566, ce petit passage de Papinien forme le titre de la *Lex romana* des Bourguignons, tandis qu'il termine le *Breviarium*. Mais, dans la suite, Cujas reconnut son erreur, la redressa en isolant, dans sa seconde édition, de 1586, le vrai passage de Papinien, et commença la *Lex romana* des Bourguignons par son vrai titre, qui, dans la première édition, n'était que le second. Malgré cela, la *Lex romana* des Bourguignons conserva le titre de *Papiniani liber responsorum* [4].

§ 60. 2. *En Orient. — Justinien.*

Depuis le règne de Théodose jusqu'au temps où Justinien parvint à l'empire, en 527, on ne fit aucun effort pour aplanir les difficultés qu'offrait l'étude du droit et pour en faciliter l'application [5].

Pendant son règne qui dura trente-huit ans, cet empereur s'occupa tout particulièrement du soin de donner des lois et de diriger, par des voies plus aisées, ceux qui désiraient les étudier : il eut le bonheur de trouver des hommes capables de le seconder dans les projets qu'il voulait réaliser [6]. C'est sous lui que parurent ces nouveaux livres de droit [7], qui ont conservé jusqu'à nos jours toute leur autorité, et dont l'importance exige que nous nous en occupions d'une manière spéciale [8].

§ 61. *Des Recueils de droit de Justinien.*

1. *L'ancien Code.*

Justinien entreprit d'abord de recueillir de nouveau les constitutions des empereurs. De tous les recueils de lois qui avaient été faits auparavant, ainsi que des constitutions qui les

[1] Avant la découverte des vraies Institutes de Gajus, nous ne les possédions que comme elles se trouvent dans le *Breviarium Alaricianum*.

[2] Parmi les nombreux manuscrits du Bréviaire, celui de Wurtzbourg, qui enrichit maintenant la bibliothèque de Munich, est le plus ancien que l'on possède; il est du sixième siècle. Il existe un autre ancien manuscrit, du VIIe siècle, qui était autrefois à Moerman et qui appartient aujourd'hui au baronnet Phillips, à Middlehill. — *V.* Witte, *De Guil. Malmesburiensis codice legis romanæ Wisigothorum*. Vratislav. 1834. — La seule édition complète du Bréviaire est jusque maintenant celle de Jean Sichard. Bâle, 1528. fol. Sur d'autres manuscrits et éditions, *v.* Haubold, *Inst. lit.* p. 223. — Savigny, t. II, p. 61. — Quelques passages du Bréviaire, inconnus jusqu'ici, ont été découverts par Gust. Hænel, dans des *Codex*; à Paris et à Orléans, ils ont été publiés par Haubold, sous le titre de : *Prætermissorum imprimis ad Breviar. Alar. pertinentium promuls. I.* Lips. 1822.

[3] Il se trouve dans Schulting, p. 827, et dans l'édition de Berlin du *Jus civile antej. V.* à ce sujet : Savigny, t. II, p. 10. — Haubold, *loc. cit.* p. 287. L'édition la plus complète est la suivante : *Lex Romana Burgundionum ex jure romano et germanico*, illustravit A. Barkow. Gryphiswaldiæ, 1826; on y a mis à profit le fragment (*Fragm. Vaticana*, Berol. p. 104) trouvé par Mai dans un palimpseste du Vatican.

[4] *V.* surtout Savigny, t. II, p. 24.

[5] *V.* sur la vie et le caractère de Justinien : Haubold, *Inst. jur. hist. dogm.* § 222. — Bach, *Hist. jur.* IV, c. 1, sect. 1. — de Ludewig, *Vita Justiniani atque Theodoræ, nec non Triboniani*. Halæ, 1731.

[6] Les plus remarquables d'entre eux sont : Tribonien, Théophile, Dorothée, Thalelæus, Etienne, Anatole, Cratinus. *V.* const. *Tanta de confirmat. Digestorum.* § 9, et Bach, *loc. cit.* sect. 3, §§ 4-21.

[7] L'histoire de ses compilations est rapportée par Justinien lui-même, dans ses ordonnances de publication, qui sont toujours citées par les mots qui les commencent, comme, dans la note précédente, const. *Tanta*. Tantôt elles précèdent les collections qu'elles concernent, tantôt elles se trouvent rassemblées au livre I. titre 17 du Code.

[8] Sur leur origine, leur esprit et leur caractère, *v.* les anciens auteurs cités dans Haubold, *loc. cit.* §§ 260-301, et surtout Bach, *loc. cit.* sect 2, § 3 et suiv., — W. F. Clossius, *Hermeneutik des Röm. Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis*, p. 105 et suivantes, donne aussi un excellent aperçu sur l'origine, le but, le contenu et le travail des compilations de Justinien.

suivirent, on tira tout ce qui parut utile, on l'abrégea autant que possible, on le rassembla en un corps, en retranchant ce qui était suranné, et en faisant les changements qu'exigeaient les circonstances; on classa le tout par matières sous différents titres, et on en forma un seul ouvrage. Vers la fin de l'année 528, Justinien nomma une commission de dix jurisconsultes, qu'il revêtit d'un pouvoir très-étendu; à leur tête il plaça Jean, *ex-quæstor sacri palatii*, et parmi eux se trouvait aussi Tribonien, qui devint ensuite si célèbre [1]. En quatorze mois, la commission avait fini l'ouvrage dont on l'avait chargée. Ce nouveau Code qui était divisé en douze livres, fut confirmé par une constitution particulière de Justinien, et en même temps fut abrogé l'usage des anciennes collections de rescrits et d'édits [2]. Ce premier Code de Justinien, qu'on nomme maintenant *Ancien Code*, est perdu [3].

§ 62. 2. *Les Pandectes.*

A. De ceux qui furent chargés de les composer.

Quand les constitutions furent achevées, Justinien, en 530, chargea Tribonien, alors revêtu de la dignité de *quæstor sacri palatii*, auquel il avait adjoint seize autres jurisconsultes [4], de tirer des ouvrages des anciens hommes de lois les plus considérés, tout ce dont on pouvait faire usage, et de réunir ces extraits, par matières et sous différents titres. En les chargeant de cette compilation, il leur accorda une autorité presque sans bornes [5]. Ils n'étaient pas obligés de s'attacher, dans leurs extraits, à la *Loi de citation* de Valentinien [6], ni de s'en tenir aveuglément à la lettre des écrits; ils avaient même le droit de faire tous les retranchements, toutes les additions, et en général, les changements qui leur semblaient convenables. Ils devaient faire disparaître les contradictions des anciens jurisconsultes, éviter toutes répétitions, et négliger ce qui avait vieilli [7]. Il dut nécessairement arriver que les extraits manquassent de fidélité, qu'ils fussent souvent modifiés et complétés suivant les besoins du temps dans lequel vivait Justinien. Ces modifications et ces additions sont ordinairement appelées *Emblemata Triboniani* [8].

§ 63. *B. Manière dont cette compilation fut faite.*

Cet ouvrage immense fut terminé en trois ans par la commission que Justinien avait nommée [9]. Dans un si court espace de temps, elle avait compulsé les ouvrages de trente-neuf jurisconsultes [10]; aussi, lorsqu'on s'aperçoit qu'ils puisèrent les opinions des anciens, non dans leurs ouvrages eux-mêmes, mais dans d'autres écrits où elles avaient été insérées, on ne doit en chercher la cause que dans l'impatience avec laquelle ils travaillaient et dans leur désir de parvenir à leur but par les moyens les moins laborieux. Tant de textes et de passages particuliers, détachés d'un ouvrage original où ils formaient un ensemble et rangés dans un autre ordre, renfermaient des erreurs et des incohérences. A chaque extrait, qui généralement consistait en un *principium* et en un ou plusieurs paragraphes [11], on cita, dans

---

[1] Const. *Hæc quæ necessario*, de novo Codice faciendo, Dat. Idib. feb. 528.

[2] Const. *Summa reipublicæ*, de Justin. Cod. confirm. Dat. 7 Idib. ap. 529.

[3] Justinien l'appelle *Codex Justinianeus*, dans la Const. *Cordi nobis*, de amendat. Cod. § 5.

[4] Leurs noms sont donnés par Justinien lui-même dans la Const. *Tanta*, § 6, et la Const. *Dedit*, § 9.

[5] Const. *Deo auctore*, de conceptione Digestor. ad Tribonianum. Dat. 18 Cal. januar. 530. *V.* aussi Const. 1, C. I, 17.

[6] *V.* la note 3 du § 53.

[7] Const. *Deo auctore*, §§ 4-9.

[8] Wissenbach, *Emblemata Triboniani* cum præf. Heineccii. Halæ, 1736. — Meister, *De principio cognoscendi emblemata Triboniani*. Gœtt. 1745, et dans ses *Opusc.* n° 4. — Eckhard, *Hermen. jur.* de l'éd. Walch, liv. I, c. 6.

[9] Justinien lui-même appelle cet ouvrage *opus desperatum* (v. le procem. Inst. § 2), et pense qu'on pouvait à peine espérer le terminer en dix ans. Const. *Tanta*, de confirmat. Dig. § 12. Il parle aussi souvent des *immensa veteris prudentiæ volumina*. Deux mille traités furent extraits et répartis en cinquante livres. Il a soin de faire remarquer que trois millions de lignes furent diminuées, de manière à n'en faire plus que cent cinquante mille. Const. *Tanta*, § 1.

[10] Justinien voulait qu'on fît une table des auteurs et des ouvrages dont on avait extrait des fragments, et qu'on mît cette table à la tête des *Pandectes*. Const. *Tanta*, § 28. — Const. *Dedit*, § 20. On ne sait si cette volonté fut accomplie. Il est vrai qu'on trouve une table en langue grecque (*Index florentinus*) à la tête du manuscrit des Pandectes de Florence; mais elle n'est ni exacte ni authentique. On l'a aussi insérée dans l'édition de Gœttingue du *Corpus juris*, ainsi que dans celle de Beck. — *V.* Guadagnus. *Diss. V ad græca Pand.* p. 85.

[11] On appelle ordinairement ces passages isolés *leges* (Const. *Dedit*, § 1), quoiqu'ils ne fussent rien autre chose que des extraits ou des fragments des ouvrages des jurisconsultes, parce que, étant insérés dans les Pandectes, ils eurent une autorité légale. On les nomme encore maintenant *leges*; on devrait dire *fragmenta*.

une inscription, le nom et l'ouvrage du jurisconsulte d'où il était tiré. Toute cette compilation, composée de cinquante livres, fut appelée *Digesta* [1] ou *Pandectæ* [2] *juris enucleati ex omni vetere jure collecti*. L'ouvrage était particulièrement destiné à la pratique, et c'est pour cette raison que, dans l'ordre des matières, on eut égard, autant que possible, à l'ordre de l'édit; car celui qui était au fait de l'édit, se retrouvait aussi facilement dans les Pandectes [3]. Voilà pourquoi Justinien divisa aussi tout l'ouvrage en sept parties qui correspondaient probablement aux divisions de l'édit [4]. Mais l'on paraît également avoir suivi un plan donné dans la place que l'on a assignée à chaque fragment de titre, que l'on prétendit si longtemps être due au hasard et à l'arbitraire; c'est ce qu'a démontré, de nos temps, d'abord Blume (1820), et ce qui fut ensuite confirmé par Hugo. Il est probable que les rédacteurs des Pandectes divisaient tous les ouvrages dont on devait prendre des extraits, en trois classes, et formaient eux-mêmes trois commissions. La première lisait et extrayait les ouvrages sur le *jus civile*, dont faisaient surtout partie les *Libri ad Sabinum*; la seconde commission prenait des extraits des ouvrages sur l'édit du préteur, surtout d'Ulpien *Ad Edictum*; la troisième enfin, faisait des extraits d'écrits pratiques et qui décidaient des cas particuliers, notamment des *Responsa* de Papinien et des *Quæstiones* de Paul. C'est ainsi que se formèrent trois masses d'extraits : celle de Sabinus, celle de l'Edit et celle de Papinien. De ces trois masses furent composés les titres des Pandectes. A chaque titre on donnait en général pour base la masse qui fournissait les plus nombreux et les meilleurs fragments; on y comparait alors les deux plus petites masses; on en biffait les répétitions, on faisait disparaître les contradictions et on y introduisait les modifications nécessaires. Ce qui en restait était mis à la suite de la première masse, de manière que la moins nombreuse des deux petites masses formait la fin du titre. Voilà la raison pour laquelle l'ordre de ces trois masses diffère selon les différents titres. Du reste, tous les titres ne contiennent pas des fragments des trois masses; il n'y a que les plus considérables qui les renferment toutes, et dans plusieurs d'entre eux, les trois masses se suivent même deux fois. Au surplus, la règle du placement et de l'ordre des fragments a subi bien des exceptions [5].

§ 64. *C. De la publication des Pandectes.*

Les Pandectes furent publiées par Justinien, le 16 décembre 533; cependant elles ne commencèrent à avoir force de loi que le 30 du même mois [6]. En les confirmant, Justinien défendit en même temps l'usage des écrits des anciens jurisconsultes; et afin que la science du droit ne fût plus aussi diffuse, aussi variable et aussi incertaine qu'auparavant, on ne devait point faire de commentaires sur cette nouvelle compilation : il permit tout au plus qu'on la traduisît en grec, mot pour mot (*versiones*, κατὰπόδα), et qu'on fît des concordances avec les rubriques (παράτιτλα) [7].

§ 65. *De la manière de citer les Pandectes.*

De tout temps, on a cité les Pandectes de différentes manières.

Anciennement on citait d'abord ainsi :

[1] Ce nom vient de *digerere in partes*, parce que Justinien divisa tout cet ouvrage en sept *partes* (§ 65).

[2] De πᾶν et de δέχομαι, parce qu'elles renfermaient tout ce qui pouvait être utile. Cette collection devait être un répertoire général pour le *Jus civile*, comme le *Codex* pour les constitutions.

[3] Justinien prescrit lui-même, dans la Const. *Deo auctore*, § 5, la compilation des Pandectes : *ad edicti imitationem*. *V.* Benfey, *De fundamentis Digestorum ordinis*. Gœtt. 1825. — A. Tigerstrœm, *De ordine et historia Digestorum*. Berol. 1829.

[4] Const. *Tanta*, § 2-8. Ces parties sont les suivantes : Pars I (Prota) comprenait les liv. I — IV; Pars II (de judiciis), les livres V — XI; Pars III (de rebus sc. creditis), les liv. XII — XIX; Pars IV (umbilicus), les liv. XX—XXVII. (Les 3 premiers livres de la 4e partie étaient désignés sous le nom de *Antipapinianus*.) Pars V (de testamentis), les liv. XXIII — XXXVI; Pars VI (sans désignation), les liv. XXXVII — XLIV; Pars VII (sans nom), les liv. XLV — L, dont les liv. XL — LVIII et XLIX s'appelaient aussi les *libri terribiles*, parce qu'ils s'occupaient du droit criminel.

[5] *V.* à ce sujet : Hugo, dans la *Thémis*, t. III, p. 246 (éd. belge). Les jurisconsultes allemands ont beaucoup écrit sur ce sujet, soit dans des ouvrages spéciaux, soit dans les divers recueils périodiques.

[6] A cet effet, Justinien publia deux constitutions, l'une en latin et l'autre en grec, dont le contenu était le même; la première est la Const. *Tanta* 2, C. I, 17; la seconde, la Const. Δέδωκεν s. *Dedit* 3, C. I, 17. — Par la const. *Omnem reipublicæ — ad antecessores*, il détermina de quelle manière il voulait qu'on enseignât les *Pandectes*.

[7] Const. *Tanta*, § 21. — Const. *Dedit*, § 21.

D. *de jure dotium*, L. *profectitia*, § *si pater* [1].

Ou bien, au contraire :

L. *profectitia*, § *si pater*, D. *de jure dotium*.

Plus tard, on cita de cette manière :

L. *profectitia* 5, § *si pater* 6, D. *de jure dotium*.

Et enfin :

L. 5, § 6, D. *de jure dotium*.

Cette manière de citer est encore usitée avec cette dernière forme : seulement plusieurs, au lieu de L., écrivent préférablement, et avec plus d'exactitude Fr., et ajoutent les numéros du livre et du titre entre parenthèses, par exemple :

Fr. 5, § 6, D. *de jure dotium* (XXIII, 3).

Si l'on veut parler du *principium* d'un fragment, au lieu du signe et du numéro du §, on met seulement *pr.*, par exemple :

Fr. 5, pr. D. *de jure dotium* (XXIII, 3).

Il y en a plusieurs maintenant [2] qui ne citent que par les numéros, comme :

Fr. 5, § 6, D. XXIII, 3.

Ou bien :

D. XXIII, 3, fr. 5, § 6 ; ou, plus en abrégé :

D. XXIII, 3, 5, 6.

Quant aux 30e, 31e et 32e livres des Pandectes, il faut savoir qu'ils ne sont pas divisés par titres; mais que, quoique composés aussi de passages extraits, ils sont partagés en trois parties, qui forment le traité *de legatis et fideicommissis*; de sorte que :

Dig. lib. 30, — lib. 1, *de legatis*.
Dig. lib. 31, — lib. 2, *de legatis*.
Dig. lib. 32, — lib. 3, *de legatis*.

Pour les distinguer en les citant, on écrit ainsi :

Fr. 108, § 3, D. *de legatis* I, ou D. 30.
Fr. 76, § 1, D. *de legatis* II, ou D. 31.
Fr. 86, D. *de legatis* III, ou D. 32.

§ 66. 3. *Les Cinquante décisions.*

En composant les Pandectes, on trouva naturellement dans les écrits des jurisconsultes des décisions controversées. Comme la *Loi de citation* de Valentinien était abrogée, et qu'il était d'autant plus difficile de s'en rapporter au nombre des suffrages, qu'aucun jurisconsulte ancien n'était spécialement préféré aux autres, lorsque les compilateurs n'osaient pas prendre sur eux de trancher la question, il fallut que Justinien mît fin à ces controverses par des décisions particulières. Plusieurs de ces décisions, au nombre de 34, avaient déjà été rendues avant l'année 530, lorsque le travail sur les Pandectes commença. Pendant la compilation des Pandectes, leur nombre s'éleva à 50, et on les fit ensuite entrer dans le nouveau Code (§ 69) [3]. Cependant on ne sait si elles s'y trouvent toutes, et à quelles marques on peut les reconnaître. Voici les signes auxquels on a coutume de les distinguer :

1° Elles ont pour titre : *Justinianus Juliano* ou *Joanni P. P.*

2° Elles se terminent par ces mots : *Lampadio et Oreste coss.* 530 ou 531, ou *anno primo vel secundo post consul. Lampadii et Orestis.*

3° Elles contiennent la décision d'une question controversée par les anciens jurisconsultes [4].

§ 67. 4. *Les Institutes.*

Quand on travailla aux Pandectes, on put déjà sentir qu'une compilation d'une si grande étendue ne pouvait remplir le but qu'on se proposait en enseignant le droit aux commençants. Aussi, pour remédier à ce défaut de livre élémentaire, Justinien ordonna à Tribonien de travailler, avec Théophile et Dorothée, à un système de droit très-abrégé, sous le nom d'*Institutes*. On devait y présenter les premiers principes de la science du droit [5], avoir à la vérité égard à l'ancien droit, mais cependant s'en tenir principalement à la pratique [6]. Les Institutes de Gajus en formèrent la base, et celles de Justinien ne sont par conséquent autre chose qu'un nouveau travail de l'ouvrage de Gajus, dont on se servait jusqu'alors comme livre élémentaire dans l'enseignement du droit, mais qui n'était plus tout à fait pratique. En

[1] C'est ainsi que cite la Glose. — D. et le signe ff. qui en vient, et qu'on rencontre encore souvent, signifie *Digestum*. A la place de ces signes, on écrit aussi P, ou π, qui tous deux représentent le mot *Pandectæ*. Cpr. *Thémis*, t. V, p. 40 et 89 (éd. belge).

[2] La manière de citer avec les seuls numéros a déjà été employée dans *Broderodii Repertorium sententiarum*. Francof. 1664.

[3] Const. *Cordi nobis de emendat. Cod. Just.* § 1.

[4] Par exemple : Const. 12, 13, C. III, 33. — Const. 10, C. VI, 26. — Const. 3, C. VI, 29. — Const. 31, C. VI, 42. — Const. 19, C. VI. 50.

[5] Procem. Inst. § 4 : « Ut sint totius legitimæ scientiæ prima elementa ». — Const de conc. Dig. § 11 : « Ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiæ redigatur scientiam. » *V.* aussi § 2, J. I, 1. — Sur l'ordre des matières suivi dans les Institutes, *v.* Marezoll, *Comm. de ordine Institutionum*. Gœtt. 1815.

[6] Procem. Inst. § 3 in fine.

reconstituant les Institutes de Gajus, on élagua ce qui était tombé en désuétude, et on mit surtout à profit les nouvelles constitutions de Justinien. Les Institutes furent publiées le 21 novembre 533, et furent revêtues d'une autorité légale en même temps que les Pandectes, le 30 décembre de la même année [1]. Théophile, un des collaborateurs, en fit un cours en grec, et de ce cours vint le commentaire connu sous le nom de *Theophili antecessoris Paraphrasis græca Institutionum cæsarearum*, et qui est le meilleur que nous possédions [2].

§ 68. *De la division des Institutes.*

Les Institutes sont divisées en quatre livres dont chacun contient plusieurs titres [3]. La plupart sont précédés d'un *principium* et sont divisés en paragraphes. On citait les Institutes par les titres et les mots qui commencent les paragraphes, par exemple :

§ *fratris vero*, J. *de nuptiis*.

Mais à présent, on les cite ordinairement par les titres et les numéros des paragraphes, comme :

§ 3, J. *de nuptiis*.

Ou bien, seulement par les numéros :

§ 3, J. 1, 10.

Ou, en réunissant ces deux manières de citer :

§ 3, J. *de nuptiis* (1, 10).

Quand il s'agit du *principium* d'un titre, on met Pr., par exemple :

Pr. J. *de nuptiis* (1, 10).

§ 69. 5. *Le nouveau Code.*

Après que les Pandectes et les Institutes furent achevées, Justinien ordonna une révision du Code publié en 529 (§ 61). Cette révision était devenue nécessaire, parce que Justinien avait publié, depuis ce temps, un grand nombre de constitutions nouvelles, surtout les 50 décisions (§ 66), qui modifiaient, changeaient et perfectionnaient le droit contenu dans les Pandectes, et qui manquaient dans l'ancien Code. C'est pourquoi, il donna ordre à Tribonien, en 534, de revoir le Code avec quatre autres jurisconsultes, Dorothée, Menna, Constantin et Jean ; d'y ajouter les nouvelles constitutions, et de mieux l'accorder avec le Digeste et les Institutes. Cette révision fut achevée l'année même où elle avait été ordonnée, et la nouvelle édition du Code (*Repetita prælectio*) fut confirmée le 16 novembre 534 par Justinien, qui abrogea en même temps l'ancien Code [4].

§ 70. *Du contenu et de la division du nouveau Code.*

Le *Codex repetitæ prælectionis* ne renferme que les constitutions des empereurs, qui, depuis Adrien jusqu'à Constantin, ne sont la plupart que des rescrits ; mais depuis Constantin jusqu'à Justinien, ce sont des édits ou des lois proprement dites. Il est partagé en douze livres, qui se divisent en titres, sous lesquels sont rangées les constitutions, suivant les matières auxquelles elles appartiennent ; elles sont mises dans un ordre chronologique, mais souvent aussi elles sont morcelées. En tête de chaque constitution se trouvent placés le nom de l'empereur qui en est l'auteur, et celui de la personne à laquelle elle est adressée ; la date se trouve à la fin ; il existe cependant plusieurs contitutions *sine die et consule* [5]. L'ordre des matières est absolument le même que celui du Digeste, quoique le Code contienne, dans ses trois derniers livres, plusieurs matières qui manquent dans les Pandectes [6]; par contre,

[1] Const. *Tanta* et Const. *Dedit*, § 11.—Procemium Institutionum. Dans cette dernière constitution, Justinien montre le but et le contenu des Institutes, et les confirme.

[2] Viglius de Zuichem la publia à Bâle, en 1534, in-fol. Jacques Curtius la traduisit en latin. Charl. Annibal Fabrot la corrigea d'après des manuscrits, et la publia à Paris, d'abord en 1638, et ensuite en 1657, avec la traduction de Curtius, qu'il conserva, mais qu'il corrigea. La meilleure et la plus complète, enrichie de variantes, de notes et d'une traduction latine qui ne laisse rien à désirer, est celle de Guillaume Otto Reitz, publiée à La Haye, 1751, en 2 vol. in-4°. On en avait annoncé une traduction française par M. Hamon, avoué près la cour royale de Rennes. Elle a été aussi traduite en allemand, par Wuestemann. Berlin, 1823.

[3] Le nombre des titres dans les Institutes de Justinien est de 98. Ordinairement cependant on en compte 99, parce qu'un sixième titre du troisième livre, après le paragraphe 9, où devrait se trouver un arbre généalogique, commence sous le nom de *De servili cognatione*, un nouveau titre qui appartient au sixième, d'après Théophile et les meilleurs manuscrits.

[4] Const. *Cordi nobis* de emend. Cod. Just. § 2, 3.

[5] Bien entendu de vraies constitutions; car les *leges restitutæ* sont toutes *sine die et consule*.

[6] Oberg, *De ordine, quo constitutionum Codex, quem in Corpore juris habemus, compositus sit, præser-*

on y a oublié plusieurs constitutions renfermées dans l'ancien Code et qui sont citées dans les Institutes [1]. Plusieurs constitutions qui se trouvaient originairement dans le *Codex repetitæ prælectionis*, ont été perdues à cause de la négligence des copistes. Ce n'est que dans les temps modernes (au XVIe siècle), qu'elles ont été rétablies en partie par Augustin, Le Charon. Cujas et Conte qui les retrouvèrent en partie dans les Basiliques (§ 75), et en partie dans les actes du concile d'Éphèse at autres sources du droit canon; d'où vient qu'on les nomme *Leges s. constitutiones restitutæ* [2].

On cite le Code comme les Pandectes, en nommant *lex* chaque passage; par exemple :

L. 22. *C. mandati vel contra.*

Il serait plus juste d'écrire *const.* au lieu de *lex* [3], ou de citer tout simplement :

Const. 22, C. IV, 35.

Ou bien, en désignant la titre et son numéro :

Const. 22, C. *mandati vel contra* (IV, 35).

§ 71. 6. *Les Novelles.*

Le corps de droit était bien complété par le *Digeste*, les *Institutes* et le *Codex repetitæ prælectionis*; mais pendant le long intervalle de temps où régna encore Justinien, il donna, depuis l'an 535 jusqu'en 565, une multitude d'ordonnances particulières, par lesquelles souvent il changeait entièrement ce qu'il avait publié. Ces nouvelles constitutions sont écrites, partie en latin et partie en grec, dans un style obscur et ampoulé; elles sont connues sous le nom de *νεαραὶ διατάξεις*, id est *novellæ constitutiones*. Que Justinien les ait fait mettre lui-même dans un certain ordre, comme il en avait l'intention [4], c'est ce dont on doute; mais ce qui est indubitable, c'est qu'il n'en publia aucun recueil officiel. Bientôt après la mort de Justinien, on fit une collection de 168 novelles grecques; mais de ce nombre, 154 appartenaient seulement à Justinien, et les autres à ses successeurs. Plus tard, les glossateurs rassemblèrent les Novelles et en firent 9 collations, composées en tout de 97 *Novelles*, parce que les autres n'étaient plus en pratique [5]. Chaque collation renferme plusieurs titres, dont chacun est ordinairement une *Novelle*; il n'y a que la huitième Novelle qui forme deux titres, le second et le troisième de la deuxième collation. Les glossateurs qui n'admirent dans leurs neuf collations que quatre-vingt-dix-sept Novelles, ne firent par conséquent que quatre-vingt-dix-huit titres. Les autres Novelles qui ne furent pas comprises dans cette collection s'appellent, pour ce motif, *extravagantes* ou *novellæ extraordinariæ*. Les collections modernes contiennent les 168 Novelles, mais celles qui sont glosées et celles qui ne le sont pas s'y trouvent pêle-mêle; c'est ce qui fait différer l'ordre et le nombre des Novelles dans les diverses éditions [6].

§ 72. *Epitome Juliani* et *Versio vulgata Novellarum.*

Bientôt après la mort de Justinien ou peut-être déjà sous Justinien, Julien, antécesseur à Constantinople, fit, vers l'an 570 un extrait en latin, assez étendu, de cent vingt-cinq Novelles : il est connu sous le nom de *Epitome novellarum* ou de *Liber novellarum* : il a obtenu, dans la suite, surtout en Occident, une grande autorité [7]. Peu après la mort de Justinien parut aussi une version complète des Novelles, dont l'auteur est inconnu. Elle fut appelée dans la suite *Corpus authenticum* [8], par les glossateurs, pour la distinguer de l'*Epitome*

tim quoad eos libros, quibus hodiè utimur. Gœtt. 1831.

[1] Par exemple : § 11, J. II, 10. — § 7, J. III, 2. — Pr. J. III, 7. — § 3, J. III, 8. — Pr. III, 10.

[2] Par exemple : const. 24, C. IV, 35. — Const. 46, C. I, 3. — *V.* Witte, *Die leges restitutæ des Justin. Codex.* Breslau, 1830. — Heimbach, *Const.* 12, 15, 16, 20 *C. de hæret. et constt.* 9, 10, *C. de paganis e Basilicorum libr.* 1 *ad fidem Codicis Coisliani CLI nunc Parisiensis græce et latine editæ.* Jenæ, 1831.

[3] C'est ainsi que Justinien les appelle lui-même dans la const. *Hæc quæ necessario*, § 2; const. *Summa reipubl.* et const. *Cordi nobis*, pr.

[4] Const. *Cordi* de emend. Cod. § 4. — Nov. 25, epilog. — Nov. 126, c. 5, § 1.

[5] Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. III, p. 450 — *V.* p. 46, note 3, où ces 97 novelles sont indiquées.

[6] Outre ces 168 Novelles, le *Corpus jur. civ.* contient encore 13 édits de Justinien, qui, dans le fait, sont aussi des Novelles, mais principalement des dispositions particulières pour certaines villes ou provinces. — Kind, *Diss. I, II de XIII Justiniani edictis.* Lips. 1793, 1801.

[7] L'*Epitome* fut publié d'abord par Boërius, à Lyon, en 1512; ensuite par Le Mire, en 1561; par Augustin, en 1566; et par F. Pithou, à Bâle, en 1576, sous ce titre : *Imp. Justiniani Novellæ constitutiones per Julianum de græco translatæ*; enfin, réimprimé, avec quelques changements, dans Petr. et Franc. Pithœl *Observat. ad Codicem.* Paris. 1689, p. 403. L'édition du *Corpus juris*, de Senneton (Lyon, 1549, 1550), le contient aussi, d'après un bon manuscrit (*v.* plus loin, § 104, note 3).

[8] De là vint aussi le nom de *Authenticæ*, que les glossateurs donnèrent à la traduction complète des Novelles, pour les distinguer des *Novellæ Juliani.*

Juliani. C'est celle que les glossateurs ont rangée en neuf collations, et qui est appelée maintenant *Versio vulgata* [1].

§ 73. *De la manière de citer les Novelles.*

D'après l'ancienne manière de citer les Novelles, adoptée par les glossateurs, et suivie longtemps après eux, on plaçait d'abord *Auth.*, ensuite la rubrique du titre sous lequel la Novelle se trouvait dans la collation des glossateurs [2]; après, on écrivait les mots qui commençaient le paragraphe, par lesquels on comprenait le chapitre de la Novelle, et enfin venait le numéro de la collation, et ordinairement celui du titre, comme :

Auth. de hæred. ab intestato § si quis, coll. 9, *tit.* 1.

Cette manière est aujourd'hui hors d'usage, et comme les Novelles, au moins dans toutes les nouvelles éditions faites depuis l'édition non glosée de Conte, sont classées par numéros, dans les collations, on cite chaque Novelle d'après le numéro qu'elles ont maintenant, sans avoir égard à la collation. La citation précédente s'écrirait ainsi :

Nov. 118, chap. 1 [3].

[1] Elle est très-ancienne, mais aussi très-mauvaise. C'est celle qui se trouve dans le *Corpus jur. civ.* Il en a paru de meilleures versions, soignées par Grégoire Haloander (1531) et par Jean-Frédéric Hombergk zu Vach, en 1717. — *V.* plus loin, le § 105.

[2] Et non pas, comme dit Hœpfner (*Comm.* § 11 et 12, n° 7) : *les mots qui commencent la Novelle.*

[3] Dans les éditions *glosées*, on ne peut pas chercher sous ce chiffre. *V.* le § 71 à la fin.

SECTION III.

DESTINÉE DU DROIT ROMAIN APRÈS JUSTINIEN.

I. EN ORIENT.

§ 74. *Des versions grecques des recueils de Justinien.*

Comme la langue latine, dans laquelle Justinien avait composé et publié ses recueils de lois, n'était pas la langue des Byzantins, ils furent bientôt traduits en grec, tantôt avec trop de détails, tantôt avec trop de concision, mais rarement avec fidélité et mot pour mot, ce que cependant Justinien avait exigé en permettant de les traduire [1]. Ces versions grecques des Institutes, du Digeste et du Code, quoique aucune ne fût officielle, et qu'elles vinssent toutes de personnes privées, furent bientôt d'un plus grand usage que les originaux. On n'oublia pas non plus les Novelles, comme le prouvent entre autres un travail d'Athanasius Scholasticus trouvé par Biener, à Paris, et un petit livre de Psellus, publié par Berger. A ces ouvrages se joignirent encore de nombreuses constitutions des successeurs de Justinien; et quoiqu'il eût expressément défendu de commenter ses recueils (§ 64), les jurisconsultes qui vinrent après lui méprisèrent sa défense. Bientôt, on vit paraître une multitude de commentaires grecs sur les livres de droit de Justinien; ils devaient naturellement s'occuper aussi des changements qui, depuis Justinien, avaient été introduits dans le droit romain en Orient; ce qui rendit la science du droit si étendue et l'usage des compilations de Justinien si incertain, que trois cents ans après, on se trouva dans la nécessité de faire une nouvelle rédaction du droit alors en vigueur [2].

§ 75. *Les Basiliques* [3].

L'empereur *Basilius Macedo* posa les fondements de cette rédaction. Il fit composer d'abord, en 876, un cours abrégé des droits romain et grec, sous le titre de *πρόχειρον τῶν νόμων*, et qui renfermait quarante titres et devait servir de livre élémentaire. Ensuite, il fit travailler, par une commission de jurisconsultes, à une nouvelle compilation du droit en vigueur, qui devait être rédigée en grec. On se servit surtout, pour cet ouvrage, des versions grecques qui avaient déjà paru et des commentaires des livres de Justinien, et on forma un tout par la réunion des divers recueils de Justinien, de ses constitutions détachées et de celles de ses successeurs. Cependant, Basilius Macedo mourut avant l'exécution de son plan, en 886. Son fils, Léon le Philosophe, fit mettre la dernière main à cet ouvrage, le publia et le nomma *Basilica* [4]. Il renfermait soixante livres, dans lesquels le tout était classé par matières et par titres. Vers l'an 945, l'empereur Constantin

[1] Const. *Tanta* de confirm. Dig. § 21.

[2] Pour les sources du droit romain et grec après Justinien, v. W. F. Clossius, *Hermeneutik*, p. 87-105.

[3] Suaresius, *Notitia Basilicorum*. Recensuit et observationibus auxit Pohl. Lips. 1804.—Hœpfner, *Progr. de Basilicôn libris*. Giess. 1774. — Cpr. Haubold, *Inst. jur. dogm.* ed. Otto, § 306-309. — Heimbach, *De Basilicorum origine, fontibus, hodierna conditione atque nova editione adornanda*, Lips. 1825. — Biener, *De collectionibus canonum Ecclesiæ græcæ*. Berol. 1827, § 2. — Le même, dans la *Thémis*, t. VII, p. 238 et t. IX, p. 321. — *V.* là-dessus : Berriat-St.-Prix, dans la *Thémis*, t. X, p. 161, et Longueville, p. 172 (éd. belge).

[4] Ce nom convient sous deux rapports, soit que Léon ait nommé cet ouvrage *Basilica* pour honorer la mémoire de son père, soit qu'on le fasse venir de *βασιλικαὶ διατάξεις*, c'est-à-dire, *constitutiones imperatoriæ*.

Porphyrogénète fit travailler à une nouvelle édition des Basiliques (*Ἀνακάθαρσις τῶν βασιλικῶν*, s. *Basilica repetitæ prælectionis*). Ce corps de droit, écrit en grec, est d'une grande utilité pour l'explication des livres de Justinien, bien qu'il ne faille s'en servir qu'avec circonspection [1]; mais nous n'en possédons que trente-six livres complets, sept ne sont point entiers, et nous n'avons des dix-sept autres que quelques extraits transmis par Fabrot. L'édition la meilleure et la plus complète qui en ait été faite, est celle qu'a soignée Fabrot, qu'il publia à Paris l'an 1647 [2], avec une traduction latine et des scolies, et à laquelle Reitz, en 1752, a fait encore quelques additions [3]. C. Witte a publié le premier en entier le titre *de diversis regulis juris* [4]. Nous possédons aussi une *Synopsis* ou une *Ecloga* des Basiliques qui n'est qu'un répertoire de ces Basiliques classées originairement par ordre alphabétique, et rangées ensuite d'après l'ordre des livres, dans l'édition de *Lœwenklau* (*Leunklavius*) 1575, et les additions de Labbé en 1606 [5]. Le manuel de Haubold sert beaucoup à faciliter l'usage des Basiliques, et la recherche des passages copiés des livres de droit de Justinien [6]; les nouvelles éditions du *Corpus juris civilis*, des frères Krügel et de Beck (§ 108) renvoient également aux Basiliques, sur chaque passage. Heimbach a aussi publié une nouvelle édition critique des Basiliques, avec scolies; cette édition renvoie aux passages correspondants des livres de Justinien [7].

§ 76. *Les Novelles de Léon.*

Outre les Basiliques, l'empereur Léon fit encore paraître, depuis 887 jusqu'en 893, plusieurs nouvelles ordonnances, par lesquelles il changea plusieurs dispositions du droit de Justinien. Le recueil qu'il en fit lui-même renferme cent treize Novelles; elles furent originairement écrites en grec [8]; mais plus tard, en 1560, elles furent traduites en latin par Agylæus; l'année suivante, elles furent réimprimées, et depuis ce temps, elles sont restées dans le *Corpus juris* [9].

§ 77. *Constantin Harmenopulus.*

Parmi les écrivains grecs des derniers temps qui travaillèrent sur le droit romain-grec [10], et surtout sur les Basiliques, on remarque Constantin Harmenopulus, mort à Constantinople en 1382. Il écrivit un manuel du droit romain-grec, sous le titre de *πρόχειρον τῶν νόμων*, en six livres, qui fut publié pour la première fois à Paris, en 1540, par Théodoric Adamée. La meilleure édition qui existe de cet ouvrage est celle que W. Otto Reitz publia en 1780, avec une traduction latine et des remarques [11].

§ 78. *Droit romain-grec dans la Grèce d'aujourd'hui.*

Après la prise de Constantinople et la destruction de l'empire grec par les Turcs, en 1453, les Grecs furent à la vérité soumis à la domination des Turcs, mais on leur permit, même après leur défaite, d'avoir leurs juges et leur droit particuliers. Par là, les Basiliques conservèrent chez eux une grande autorité et

[1] En Orient même, on fut d'avis, dès le XII[e] siècle, que la législation de Justinien n'était point applicable, excepté ce qui avait été reçu dans les Basiliques, tout comme on connaît en Occident cette phrase : *quicquid non agnoscit glossa, nec agnoscit curia*. C'est ce qu'on voit surtout par le Nomocanon de Photius.

[2] *Βασιλικῶν libros LX græce edidit et in latinam linguam transtulit et glossas veterum Jctor. addidit Car. Ann. Fabrotius*. Paris. 1647, 7 vol. in-fol.

[3] Guil. Otto Reitz, *Basilicorum libri quatuor XLIX, L, LI, LII nunc primum editi cum latina interpretatione et cum notis*; dans Meerman, *Thes*. t. V, p. 1, ainsi que sous le titre de : *Operis Basilici Fabrotiani supplementum*. Lugd.-Bat. 1765, in-fol.

[4] *Basilicorum titulus de diversis regulis juris antiqui nunc demum integer, e codice coisliniano*, ed. Car. Witte. Vratislav. 1826.

[5] *Βασιλικῶν librorum LX Eclogas. Synopsis*, ex ed. cum versione item cum adnotationibus Jo. Leunclavii. Basil. 1575, in-fol. — C. Labbæus, *Obs. et emend. in synopsin Βασιλικῶν*. Paris. 1606. Denuo edit. Paris. 1679, in-fol.

[6] Haubold, *Manuale Basilicorum*. Lips. 1819. — C. G. E. Heimbach, *Basilicorum cum jure Justinianeo collatorum spec. I*, donne le commencement d'une nouvelle comparaison critique des Basiliques avec les livres de Justinien.

[7] *Basilicorum libri XL*. Post Annibalis Fabroti curas ope codd. mss. a Gust. Heimbachio aliisque collatorum integriores cum scholiis edidit editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem latinam et adnotationem criticam adjecit C. G. E. Heimbach. Lips. 1833.

[8] Elles ont été publiées en grec, d'abord par Scrimger, à Paris, en 1558. Beck, *De novellis Leonis liber singularis*, edid. Zepernick. Halæ, 1779. — Haubold, *Inst. hist. dogm*. ed. Otto, § 310.

[9] Elles se trouvent dans les deux langues, dans l'édition de Le Conte. Lyon, 1571. On les trouva aussi rassemblées dans Edm. Bonefidius, s. de Bonne-Foi, *Jus orientale*. Paris, 1573, et dans Leunclavius, *Jus græco-rom*. Francf. 1596.

[10] Heimbach, *Observ. jur. græco-romani*, P. I, contient un écrit qui a pour titre : *Scriptoris anonymi de actionibus librum*. Lips. 1830.

[11] Elle se trouva dans le supplément de Meerman, *Thes. jur. civ.* p. 1-436.

restèrent jusqu'aujourd'hui le fondement de leur droit civil [1]. Par un décret du 4 (16) février 1830, le défunt président Capo d'Istria, nomma une commission chargée de la révision des Basiliques et des Novelles des anciens empereurs de Bysance. Tous les droits civils et les lois aujourd'hui en vigueur en Grèce, doivent être réunis et classés dans cet ouvrage [2].

II. EN OCCIDENT.

§ 79. A. *Du droit romain en Italie.*

1. *Avant les glossateurs.*

Les livres de droit de Justinien n'étaient, dans le principe, destinés qu'à l'Orient. Mais lorsqu'en 535 Justinien eut vaincu les Ostrogoths qui s'étaient rendus maîtres de l'Italie, et qu'il eut placé cette contrée sous sa domination, il y fit aussi admettre ses recueils de droit, tant par les tribunaux que par les écoles. Il sanctionna tout ceci en 554, dans la *Sanctio pragmatica* que Julien nous a conservée dans ses extraits des Novelles (§ 72) [3]. Dès lors, l'usage du droit romain se conserva en Italie, nonobstant toutes les révolutions politiques qu'elle éprouva dans les siècles suivants, et même sous la domination des Lombards et des Francs [4]. Cependant il paraît que, sous les Francs, le *Breviarium Alaricianum* (§ 50) s'introduisit en Italie, et qu'il fut souvent retouché pour les Romains-Lombards [5].

§ 80. *Brachylogus.*

Quoique la décadence des arts et des sciences, ainsi que la barbarie et l'anarchie qui exerçaient partout leur empire dans le moyen âge jusqu'au douzième siècle, ne permissent point d'espérer que le droit romain devînt l'objet de travaux scientifiques, cependant nous avons de cette époque un livre qui, dans un des manuscrits connus jusqu'aujourd'hui à la bibliothèque de Vienne, porte le titre de *Summa Novellarum constitutionum Justiniani Imperatoris* [6], mais déjà plus connu, depuis plusieurs siècles, sous le titre de *Brachylogus juris civilis* ou de *Corpus legum per modum Institutionum*. Il renferme un système succinct du droit romain. Il a pour base les Institutes, quoique les Pandectes, le Code et les Novelles y aient été mis à profit. L'auteur de ce livre est tout à fait inconnu, et le titre de *Brachylogus* a seulement été choisi par un éditeur postérieur. L'ouvrage a été composé dans la Lombardie, vers l'an 1100 [7].

§ 81. 2. *Du temps des glossateurs* [8].

Ce ne fut que dans le douzième siècle qu'on vit renaître, en Italie, l'ardeur pour l'étude du droit romain, et l'école de droit de Bologne en fit l'objet principal de ses travaux. Le premier qui eût enseigné le droit à Bologne, est Pepe, sans qu'il paraisse, cependant, avoir été

[1] *Thémis*, t. I, p. 185 (éd. belge).

[2] Ceci fut publiquement annoncé.

[3] Elle commence par les mots : *Pro petitione Vigilii* (§ 11), et se trouve dans les additions au *Corpus juris* (édition de Gœtt. t. III, p. 669).

[4] *V.* Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. I, II, et l'excellent ouvrage de J. D. Meyer, intitulé : *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe.* La Haye, 1819, 6 vol. — Haubold, *Inst. jur. Rom. hist. dogm.* ed. Otto, § 938-943.

[5] La *lex romana* que publia Canciani, *Leges barbar.* vol. II, p. 465, ex codice Utinensi, contient une semblable édition du bréviaire pour l'Italie. — Elle se trouve dans Walter, *Corpus jur. germ. antiqui*, Berol. 1824. t. III, p. 691.

[6] Hugo pense que ce titre est le véritable et signifie : court exposé du droit nouveau de Justinien.

[7] *V.* Hugo, *Hist. du droit rom. depuis Just*, p. 91, 3e éd. — Cramer, *Dispunct. juris civilis.* Suerini, 1792, cap. 12. — Wels, *De ætate Brachylogi.* Marb. 1808. — Haubold, *Inst. jur. rom.* § 938. — Savigny, t. II, p. 238 et suiv. — *Thémis*, t. V, p. 203 (éd. belge).

Le *Brachylogus* fut d'abord imprimé dans l'édition que fit Senneton des collections de Justinien. Lyon, 1549, 1550; il l'a donné comme supplément aux Institutes. La dernière édition a paru sous ce titre : *Corpus legum, s. Brachylogus juris civilis*, ad fidem quatuor codicum scriptorum et principum editionum emendavit, commentarios criticos adjecit ineditam incerti scriptoris epitomen juris civilis medio duodecimo seculo factam e codice Tubingensi edidit Ed. Bœcking. Berol. 1829. La préface contient des remarques sur les manuscrits, les éditions, la patrie, l'âge et les sources de ce livre de droit.

[8] Au sujet des glossateurs et de leurs premiers successeurs, *v.* Panciroli, *De claris legum interpretatibus.* Venet. 1637. Ed. secunda, Ibid. 1655. Cura C. G. G. Hoffman. Lips. 1721. — Mauri Sarti et Mauri Fattorini, *De claris archygymnasii Bonon. professoribus.* Bonon. 1769, 1772. — Savigny, *Histoire du droit rom. au moyen âge*, t. III, c. 18, 23, 24; t. IV; t. V. — Hugo, *Histoire du droit romain depuis Justinien*, 3e éd. p. 105 et suiv.

de quelque importance [1]. Il fut suivi d'Irnérius ou Werner, qui acquit une réputation bien plus grande; il vécut et enseigna au commencement du douzième siècle, et doit être regardé comme le fondateur de la nouvelle école de Bologne [2]. Il éclaircit le texte des compilations de Justinien, par des remarques sur le fond de la matière et sur les expressions, ce qu'on nomma *gloses*. Ces gloses furent ajoutées aux manuscrits, et, dans le commencement, elles étaient même jointes au texte, près des mots qu'elles expliquaient (*glossæ interlineares*); ensuite, on les écrivit à la marge, tantôt à côté du texte, tantôt au-dessous (*glossæ marginales*). Après Irnèrius, ses disciples adoptèrent la même méthode, ainsi que ses successeurs : de là vint qu'ils eurent le nom de *glossateurs* [3]. Les plus célèbres d'entre eux sont : Bulgarus († vers 1166), et son adversaire Martinus Gosia († vers 1165), Ugo ou Hugo de Porto Ravennate († 1168), Jacobus († 1178) [4], Rogerius († 1192), Albericus († 1194), Wilhelmus de Cabrisno, Placentinus († 1192) et ses adversaires Henricus de Baila et Joannes Bassianus; Burgundio († 1194), Pillius († 1208), Cyprianus, Azo († 1230), Hugolinus Presbyteri († vers 1234), Jacobus Balduini († 1235), Roffredus († 1243), enfin Accursius († vers 1260), et son adversaire Odofredus († 1265) [5]. Accurse a rendu un grand service à la science du droit en rassemblant les gloses éparses de ses prédécesseurs, dont il composa une *glossa ordinaria*, en y mêlant quelques-unes de ses remarques. Dans la suite, cette glose fut augmentée de quelques additions tirées des écrits des jurisconsultes qui le suivirent.

§ 82. *Des authentiques dans le Code.*

Les glossateurs cherchèrent aussi à se rendre utiles à l'étude du Code, en intercalant dans les constitutions, que les nouvelles ordonnances et particulièrement les Novelles avaient changées ou modifiées, des extraits de ces nouvelles ordonnances, avec des citations [6]. Ces extraits furent ensuite appelés *Authenticæ* [7], et on ne doit pas les confondre avec les Novelles appelées également *Authenticæ* par les glossateurs. Elles furent incorporées, en forme de gloses, au Code, où elles se trouvent encore dans toutes les éditions, et se distinguent particulièrement par des caractères italiques. Pour les citer, on met d'abord le mot *Auth.*; ensuite, le commencement de l'Authentique, et enfin la rubrique du titre sous lequel elle se trouve; ou bien, d'après une nouvelle manière, on écrit le numéro du livre et celui du titre; par exemple : Auth. *Et non observato* C. *de testamentis*. (VI, 23.)

§ 83. *Des diverses sortes d'Authentiques.*

Les Authentiques qu'on rencontre dans le Code, sont de deux sortes. La plupart, au nombre de deux cent vingt, sont des extraits des Novelles dont on vient de parler. Elles n'ont force de loi qu'autant qu'elles sont conformes à la source où elles ont été puisées [8]. Les autres, au nombre de treize, sont des extraits d'ordonnances des empereurs d'Allemagne, Frédéric I et II, vers le milieu et la fin du douzième siècle : elles ont été insérées, en forme d'extraits, dans le Code, par les professeurs de Bologne. C'est aussi pour cela qu'elles s'appellent *Authenticæ Fridericianæ*. Elles sont préférées aux autres constitutions parce qu'elles sont plus récentes. On les reconnaît à l'inscription : *Nova constitutio Friderici* [9], et on les cite comme les extraits des Novelles.

§ 84. *Des Authentiques dans les Institutes et les Novelles.*

Les glossateurs firent aussi entrer dans les

[1] Odofredus, in Dig. vetus, *L. jus civile* 6, *de justitia et jure*.

[2] Dans les écrits du XIIe siècle, il s'appelle aussi *Magister Guarnerius* ou *Warnerius de Bononia*. Odofredus le nomme *primus illuminator scientiæ nostræ*, ou *juris lucerna*. Gloss. ad fr. 6, D. I, 1.

[3] Sur la méthode des glossateurs, v. Savigny, t. III, p. 497, 514; t. V, p. 199.

[4] Ces quatre sont regardés, quoique sans raison suffisante, comme les disciples et les successeurs immédiats d'Irnérius, à qui on attribue le dystique suivant :

Bulgarus os aureum, *Martinus* copia legum,
Mens legum est *Hugo*, *Jacobus* id quod ego.

[5] Les autres sont cités par Savigny, t. IV et V. Sur les controverses des glossateurs : Rogerii Beneventani *De Dissensionibus Dominorum, seu de controversiis veterum juris romani interpretum, qui glossatores vocantur, opusculum*, edid. C. G. Haubold. Lips. 1821. — *V.* surtout : *Dissensiones Dominorum sive controversiæ veterum juris Romani interpretum, qui glossatores vocantur*, ed. et annotat. illustravit G. Haenel. Lips. 1834.

[6] Biener, *Hist. auth. Codici et Institutionibus Justiniani insertarum*, sect. I, II. Lips. 1807.

[7] Ordinairement on croit que ce nom vient de ce qu'elles s'appelaient *glossæ authenticæ*.

[8] Il n'en est pas toujours ainsi. *V.* par exemple : Nov. 117, c. 7, et Auth. *Si pater*, C. V, 24.

[9] *V.* par exemple : Auth. *Habita*, C. IV, 13. — Auth. *Sacramenta puberum*, C. II, 28. Il n'y a que les Auth. *Gazaros*, C. I, 5, et Auth. *Omnes peregrini*, C. VI, 59, qui n'aient pas cette inscription.

Inatitutea, comme dans le Code, dea extraits dea Novelles qui y dérogeaient, sous la forme d'Authentiqnes; elles se trouvent à la vérité dana quelques manuscrits glosés dea Institutes, mais il s'en faut de beaucoup qn'elles soient dana toutes lea éditiona [1]. Quoiqu'il y ait entre elles et les glosea ordinaires une différence immenae, on fnt cependant longtemps aaua les remarquer; on les avait même presque oubliées, quand Savigny et Hugo rappelérent sur elles l'attention dea juriscousultea. Il y a même de pareillea Authentiques dans les gloses aux Novellea, mais seulement dans quelquea manuscrita.

§ 85. B. *Du droit romain en France.*

1. *Avant les glossateurs.*

Dans le royaume des Francs, qui, du temps de Justinien, dominaient dans la Gaule, les Romains étaient régis par le *Breviarium Alaricianum* et le *Codex Theodosianus*. L'nsage du droit romaiu en France, comme en Italie, se conaerva pendant tout le moyen âge. Déjà, au milieu du onzième aiècle, on dit que saint Lanfranc, archevêqne de Cantorbury, enseigna le droit romain, lorsqu'il était abbé à Bec, en Normandie [2], et un livre intitulé: *Petri exceptiones legum Romanorum*, donne la preuve la plus évidente qu'on recourut, même avant les glossateurs, aux livres de Justinien, dana le travail qni fut fait sur le droit romain pour la France [3]. D'aprèa les nonvellea recherches de Savigny [4], ce fut en France et dans le pays de Valeuce [5], que cet ouvrage fut composé. L'époque en est fixée au delà du milieu du onzième siècle: l'auteur en est d'ailleurs inconnu. L'ouvrage renferme, en qnatre livres, une exposition systématique du droit et particulièrement du droit romain. Les sources d'où il est tiré sont lea Institutes, lea Pandectea, le Code et les Novelles d'après l'*Epitome Juliani* [6].

§ 86. 2. *Après les glossateurs.*

Dès que le droit romain eut été rétabli en Italie par les efforts des gloasateurs, on vit renaître, dans les écoles et les tribunaux français, un grand désir de rivalité [7]. Le livre qn'on nomme maintenant *Ulpianus de edendo*, qni renferme une courte exposition de la procédure, tirée des livres de Justinien, a été probablement écrit vers ce temps, en France ou dana les Pays-Baa, par un auteur d'ailleurs tout à fait iuconnu [8]. Placentinus, que nous avona cité parmi les glossateurs, enseigna le droit romain à Montpellier [9]. Saint Louis (1226-1270) fit faire une traduction française des livres du droit romaiu [10]; et Pierre Desfontaine compoaa, vers l'au 1253, le droit coutumier français, et le compara avec le droit romain [11]. Il eat vrai que ce dernier droit fut défendu pour Paris, vera l'au 1220, par le pape Honorius III qui voulut le proscrire, à cause de la grande faveur qu'il obtenait, et de la disgrâce où tombait par là le droit canou [12],

[1] Schrader, *Prodromus*, § 42 et suiv. — L'édition des Institutes, publiée par Cujas, en 1585, les a données d'abord, comme supplément; Baudeza, en 1591, les a mises à côté du texte. Elles se trouvent aussi dans l'éditien du *Corpus juris civilis*, de Beck. Leipzig, 1825.

[2] Haubold, *Inst. lit.* § 20. — Savigny, t. II, p. 225.

[3] *Exceptio*, dans le moyen âge, veut dire: extrait.

[4] T. II, p. 130.

[5] Il fut aussi retouché pour l'Italie: de là vient la différence des opinions sur la patrie de ce livre. — Hugo, *Histoire du droit rom. depuis Justinien*, 3e éd. p. 92, 93.

[6] La dernière édition de ce livre, donnée par Barkew, se trouve, comme supplément, à la fin du 2e volume de l'*Hist. du droit rom.* de Savigny. p. 297. — Sur les manuscrits, *v.* Savigny, t. II, p. 130, et t. III, p. 663.

[7] Savigny, t. III, p. 313 et suiv.

[8] Le titre de l'ouvrage lui vient de la rubrique du premier passage. — Jusqu'aujourd'hui on ne connaît que deux manuscrits de cet ouvrage; l'un se trouve dans la Bibliothèque harléenne, à Lendres, et d'après une copie qu'on en a faite, il a été publié en partie, sous le titre: *Ulpianus de edendo*. Nunc primum editus ex apographo Bestiano codicis manuscripti Harlayani per G. A. Meywerth et Ern. Spanganberg. Gœtt. 1809. L'autre manuscrit est connu sous ce titre: *Ulpiani varii tituli juris*, se trouve dans la *Bibliothèque Meerman*, et est aujourd'hui la propriété de la bibliothèque de l'université de Liége. *Thémis*, t. VII, p. 96 (éd. belge). — Cramer a encore trouvé un manuscrit dans la bibliothèque de Trèves. (Hugo, *Hist. du droit romain depuis Just.* p. 94.) Warkœnig a publié, en 1833, à Gand, une réimpression des manuscrits de Liége et de Trèves.

[9] Savigny, t. IV, p. 210, 442.

[10] Le manuscrit de cette traduction doit se trouver encore à la Bibliothèque royale de Paris. On trouve à la Bibliothèque royale une traductien française manuscrite, intitulée: *Le vieux Digeste*, en 24 livres; elle est du treizième siècle.

[11] Dans son livre: *Le conseil que Pierre Desfontaines donna à son ami*; publié par Ducange, à la fin de l'*Histoire de saint Louis*, par Joinville.

[12] Cette défense se trouve dans la décrétale: *Super specula*, C. 28, *X. de privilegiis* (5, 33). D'autres parties de cette décrétale se trouvent au c. 10, X. *de clericis* (3, 50) et au c. 5, X. *de magistris* (5, 5). *V.* à cet égard: Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen âge*, t. III, p. 341-344.

mais cette défense resta sans effet [1], quoiqu'elle fût renouvelée dans la suite par l'*Ordonnance de Blois*, en 1619, art. 69. Depuis ce temps, s'éleva cette école de jurisconsultes français, qui se formèrent par l'étude du droit romain : on remarque particulièrement ceux du seizième siècle, dont les noms sont encore répétés avec une grande vénération [2].

§ 87. *C. Du droit romain en Angleterre, en Espagne, dans les Pays-Bas et en Russie.*

En Angleterre, on trouve aussi des traces d'ouvrages scientifiques sur le droit romain [3]. Un jurisconsulte lombard, nommé *Vacarius*, qui avait étudié à Bologne, alla en Angleterre vers le milieu du douzième siècle, pour y enseigner le droit romain, particulièrement au clergé. Il fit des cours en 1149, à Oxford, et écrivit un ouvrage sur le droit romain, en 9 livres et intitulé : *Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus præsertim destinatus* [4]. Après lui, d'autres jurisconsultes s'occupèrent encore, en Angleterre, du droit romain ; cependant il n'y fut jamais bien fixé et regardé comme droit en vigueur [5].

En Espagne et dans les Pays-Bas [6], on travailla au droit romain avec une ardeur et un soin particuliers, surtout depuis le seizième siècle ; et il se forma, principalement dans les Pays-Bas, une école qui mérite, sans contredit, d'être mise à côté de l'école française des seizième et dix-septième siècles [7].

En Russie, le droit romain n'a jamais été, il est vrai, introduit comme droit auxiliaire, il n'a pas même fait partie de l'enseignement du droit dans les universités ; cependant il n'a pas été tout à fait étranger au perfectionnement du droit russe ; on peut s'en convaincre par la lecture de la *Kormtschaga-Kniga* (droit ecclésiastique) et en partie de la *Uloshénie* (droit laïque).

---

[1] Elle fut enfin abolie par Louis XIV, par l'Edit qui règle les études du droit, de l'année 1679.

[2] Haubold, *Inst. lit.* p. 50-80. — Hugo, *Hist. du droit rom. depuis Justinien*, 3e édit. p. 254 et suiv.

[3] Savigny, t. II, p. 159 ; t. III, p. 379, 664.

[4] *V.* surtout ; *Magister Vacarius primus juris romani in Anglia professor.* Studiis C. F. C. Wenck. Lips. 1820. — Cpr. Hugo, *Histoire du droit rom. depuis Justinien*, p. 155. — Savigny, t. IV, p. 348.

[5] Diemer, *Comment. de usu et auctoritate juris romani in Anglia.* Partie I. Lips. 1817.

[6] Sur l'introduction du droit romain dans les Pays-Bas, *v.* les Mémoires sur les questions proposées en 1780, etc. Bruxelles, 1783. — Savigny, t. III, p. 651, entre dans de plus longs détails.

[7] Haubold, *Inst. lit.* p. 122 et suiv. — Hugo, *Hist. du droit rom. depuis Justinien*, p. 455 et suiv.

SECTION IV.

DE L'INTRODUCTION DU DROIT ROMAIN EN ALLEMAGNE, ET DE L'USAGE QU'ON EN FAIT DE NOS JOURS.

§ 88. *Des sources du plus ancien droit allemand.*

Dans les temps les plus reculés, le droit des nations germaniques n'était qu'un droit coutumier. Ayant pour fondement les idées adoptées et les mœurs, conservé dans des chants et des vers, il subsista longtemps gravé dans la mémoire, avant qu'il en existât une rédaction écrite [1]. Nous savons peu de chose de cet ancien droit, et ce que nous en connaissons, nous le devons à des écrivains grecs et romains, et surtout à César et à Tacite [2].

§ 89. *Des plus anciens livres de droit allemand.*

Comme dans leurs transmigrations, les nations de la Germanie, particulièrement les Goths, les Bourguignons, les Francs et les Lombards, fondèrent leurs nouveaux Etats sur les débris de l'empire romain d'Occident, on commença, depuis la fin du cinquième siècle, à rassembler et à rédiger les droits coutumiers des Germains. De cette manière, se formèrent peu à peu, depuis le cinquième jusqu'au huitième siècle, les lois des Visigoths et des Bourguignons, les lois salique et ripuaire, celles des Allemanni, des Bavarois, du pays de Frise, de Saxe et de Thuringe [3]. Les plus anciens livres de droit germain, connus encore maintenant sous le nom de *Leges Barbarorum*, furent composés en latin, comme il était en usage au moyen âge, parce que la langue allemande n'était pas encore assez formée pour être employée par les écrivains. Quant à leur contenu, ils étaient très-imparfaits et défectueux. Ils ne concernaient, dans ce temps de barbarie, que les besoins du moment, et se bornaient à une table des amendes, aux successions et à la procédure [4].

§ 90. *De leur révision sous Charlemagne.*

Bientôt les Francs l'emportèrent sur les autres nations de la Germanie. Charlemagne, dont la domination s'étendait sur une grande partie de l'Allemagne, laissa à la vérité aux nations subjuguées leurs lois et leurs usages, mais il soumit leurs anciens livres de droit à une nouvelle révision, les compléta et les corrigea par des capitulaires [5]. Ainsi, nous ne possédons pas ces livres comme ils étaient dans leur origine, mais avec les changements que Charlemagne y a introduits [6].

[1] Tacite, *De Germania*, c. 2. On dit que Charlemagne fit rédiger ces anciens chants. Eginhart, *Vita Caroli Magni*, cap. 29.

[2] Jules-César, *Comment. de bello gallico.* — C. Corn. Tacite, *Libri Annal. et Hist.* principalement *De situ, moribus et populis Germaniæ.* Les passages qui se trouvent dans ce dernier ouvrage, concernant le plus ancien droit allemand, ont été rassemblés et expliqués dans une série de traités, par Gebauer, *Vestigia juris germanici antiquissima.* Gœtt. 1766.

[3] Dans la langue du moyen âge, *lex* ne signifie pas *loi* ou *livre des lois*, mais *droit* ou *livre de droit*. *Lex Salica* est le *droit salique*, comme *Lex Romana* est le *droit romain* (§ 58).

[4] *V.* Savigny, t. II. — Guizot, dans la *Revue française*, 1828. Nov. n° VI, p. 202-244. — Warnkœnig, *Histoire du droit belgique*, contenant les Institutions politiques et la législation de la Belgique sous les Francs. Bruxelles, Société typographique, 1837. Chap. V.

[5] Eginhart, *Vita Caroli Magni*, c. 29.

[6] On les trouve rassemblés dans F. Lindenbrog, *Codex legum antiq.* Francof. 1613. — P. Georgisch, *Corpus jur. germ. ant.* Halæ, 1738, in-4°. — P. Canciani, *Leges barbarorum antiquæ cum notis et glossariis*, t. I-V. Venet. 1781-92, in-fol. — Nous avons aujourd'hui une nouvelle édition complète des anciennes lois germaniques, par M. Walter, professeur à Bonn, sous le titre : *Corpus jur. germ.* 3 vol. 1824.

§ 91. *Des Capitulaires des rois francs.*

Sona la domination des Francs, les capitulaires furent une nouvelle source de droit. Les capitnlaires étaient des lois que les rois, avec le conconrs du clergé et de la noblesse, donnaient d'abord au Champ de Mars, et plns tard an Cbamp de Mai. Elles concernaient non-seulement les droits public et privé, mais encore les affaires ccclésiastiqnes et les bénéfices. Le premier recneil de cea lois, qui renferme quatre livres et trois suppléments, fut fait par l'abbé Ansegise, en 827 : plus tard, Benolt Levita y fit dea suppléments, et un inconnu l'augmenta de *quatuor additiones* [1].

§ 92. *Des Formulaires.*

A cette époque, on ne trouve encore aucune trace de travaux scientifiquea sur le droit germain. Le droit n'avait encore aucune école, et ce n'était que dans la pratique que l'on acquérait des connaissances sur les loia. Des bommes d'affaires consommés, particulièrement des ecclésiastiques, essayérent de très-bonne hcure de faire connaltre quelques formules dont on avait coutume de se servir en matiéres judiciairea et extrajudiciaires. C'est de là que vinrent après les livres appelés *formulaires* [2]. Le plus important de ces recueils de formules eat celni que fit le moine *Marculf*, au milien du septiéme siècle [3].

§ 93. *Des livres de droit allemand au moyen âge.*

Après que l'Allemagne, par le traité de Verdnn, en 843, fut séparée de la France et de l'Italie, elle vit se perdre peu à peu l'autorité des lois donnéea par les Carlovingiens; ceux-ci eux-mêmes diaparurent bientôt; d'nn autre côté, les anciennea lois de la Germanie étaient trop aurannéea ponr des temps et des mœnrs tont à fait différents. D'ailleurs, le droit et l'étnde du droit ne pouvaient que souffrir au milicu des troublea excités par la violcnce, et de l'anarbie qu'occasionnait la féodalité. Les anciennes lois contumiéres et celles des Francs ayant disparn, le droit reposait seulement, à canse de la faiblcsse du pouvoir législatif d'alors, sur les coutumes non écrites, sur l'*autonomie* des différentes corporations, sur les réglements et les décisiona des jugcs et dea échevins, et sur les droits dc servage, de cour et de féodalité. Ce nc fut qne depuis les donziéme et treiziéme siéclea que l'on commença à recueillir et à rédiger les coutnmes en vigueur dans chaqne pays, dans cbaque ville et dans cbaque tribunal. C'est ainsi que peu à pen prirent naissance :

1. *Lea droits des échevins*, ou les recueils de décisions dc leurs tribnnaux, et des réglea les plna importantes d'après lesquelles ils prononçaient.

2. Le *Miroir de Saxe*, recueil contenant principalement des lois et des contumea de Saxe, en vigneur pendant le moyen âge : il fut, dans l'intervalle de 1215 à 1218, composé par un chevalier saxon, nommé Eike de Repgow, et ensuite glosé par les échevins. Il était divisé en droit commun et en droit féodal.

3. Le *Guide des droits commun et féodal*, qui n'est qn'nn livre de droit anr la procédure, puisé dans la glose anr le *Miroir de Saxe* [4].

4. Le livre, nommé par Goldast, *Miroir de Souabe* et qui, dans le fond, n'eat rien antre chose qne le *Miroir de Saxe* approprié aux usages et aux besoins dea pays de la Germanie méridionale, et augmenté sonvent par dea intercalations dc gloses dans le texte. Les manuscrits de ce *Miroir*, qui sont très-différents quant à leur contenn et quant à lenr ordre, portent le titre de : *droit commun et féodal*, ou de : *droit impérial*, ou bien encore de : *jus provinciale et feudale allemannicum*.

5. Le *droit impérial*, découvert par Senkenberg, ou *Speculum franconico-belgicum*, qui contient un abrégé du droit allemand [5].

6. En outre, une multitude de *droits* pour lea campagnes et pour les villes. Tous cea livres et d'autres semblables étaient d'une grande

---

[1] Le recueil le plus complet qui en ait été fait, est celui d'Etienne Baluzius, intitulé : *Capitularia regum Francorum*, t. I, II. Paris. 1677, in-fol. — La plus nouvelle édition est de Pierre de Chiniac, Paris, 1780; Basil. 1796. — Les plus importantes se trouvent aussi dans Georgisch, p. 465 et suiv. — Walter, t. II et III. — Warnkœnig, *loc. cit.* ch. V, § 5.

[2] Savigny, t. II, p. 122. — Warnkœnig, ch. V, § 7.

[3] *Marculfi monachi aliorumque auctorum formulæ veteres, editæ ab Hier. Bignon*, opera Theod. Bignon. Paris. 1613, in-8°, 1665, in-4°. *V.* aussi Baluzius, Canciani et Walter, t. III. — Seidensticker, *De Marculphinis aliisque similibus formulis*. Jenæ, 1818.

[4] Il est aussi intitulé : *Scheverclot*, c'est-à-dire, *Schæffenglosse*. D'après d'autres, il porterait aussi le titre de *Cautela*, *Premitz* ou *Brems*, mais ceux-ci sont deux cautéles de procédures différentes : elles sont de Hermann d'Oesfeld, et se trouvent dans quelques manuscrits et quelques éditions, à la fin du *Miroir de Saxe*.

[5] Il y a encore un autre droit impérial, *Jus Cæsareum*, qui n'est pas encore imprimé.

utilité pour les juges et échevins de cette époque, ce qui fit qu'ils obtinrent une grande autorité; mais ce furent aussi les seuls ouvrages qui pussent faire connaître et constater le droit allemand. Il n'y avait encore alors aucune école de droit; et, en général, on pensait en Allemagne aussi peu à un système du droit, qu'à une science.

§ 94. *Des causes de l'introduction du droit romain en Allemagne* [1].

Pendant que l'étude du droit était ainsi négligée en Allemagne, il faisait, en Italie et en France, toujours de plus grands progrès. La réputation de l'université de Bologne et de ses professeurs distingués ne tarda pas à inspirer à l'Allemagne le goût de la jurisprudence. Dès lors, la jeunesse allemande visita les académies italiennes et y apprit à connaître un système de droit qui, par sa richesse, ses lumières, la liaison de ses parties et leur accord, surpassait tout ce qui avait été traité dans ce genre. Il est aisé de concevoir qu'à leur retour dans leur patrie, et lorsqu'ils furent chargés de fonctions publiques, ils introduisirent le droit romain dans les tribunaux, et cherchèrent à le mettre en vigueur. Les progrès qu'il fit furent d'autant plus grands, que les ecclésiastiques lui donnèrent de l'autorité, et qu'il était étroitement lié avec le droit canon déjà reconnu dans ces contrées. Les empereurs d'Allemagne et les seigneurs, qui furent bientôt convaincus que le droit romain, avec ses idées de domination absolue [2], était favorable à leurs intérêts, prirent volontiers à leur service des jurisconsultes formés en Italie, principalement ceux qui avaient obtenu le titre de docteur dans l'un et l'autre droit (le droit romain et le droit canon), et leur donnèrent les emplois les plus importants. L'Allemand lui-même se vit soumettre à un droit étranger avec d'autant plus de plaisir, que sa patrie ne lui offrait rien de mieux, et que ses lois et ses coutumes ne suffisaient pas même pour les anciens rapports, loin d'être proportionnées à ceux qu'avaient introduits la civilisation, le commerce, et principalement la grande prospérité des villes. Ajoutez à cela, enfin, la persuasion où l'on était que l'empire romain-allemand avait succédé à l'ancien empire romain [3]. Comme, depuis le quatorzième siècle, des universités s'élevaient en Allemagne à l'instar des universités italiennes, et comme on y plaça des professeurs particuliers du droit romain et du droit canon, il fut nécessaire que ce droit étranger passât de la chaire au tribunal [4].

§ 95. *De la cause pour laquelle le droit romain est en vigueur en Allemagne.*

Ainsi, la raison pour laquelle le droit romain eut force de loi en Allemagne, n'est pas qu'il y ait été adopté par la volonté expresse du pouvoir législatif, mais principalement parce que, depuis le commencement du treizième siècle, il s'établit peu à peu comme *droit coutumier* [5]. Son autorité fut longtemps fondée sur la coutume avant qu'on pensât à le confirmer solennellement. Néanmoins, il n'a été reçu par aucune disposition législative; il est seulement certain qu'en l'an 1495, lorsqu'on établit la chambre souveraine de l'Empire, on ordonna que les membres de cette chambre se réglassent sur les lois ordinaires de l'Empire; or, dans ces lois étaient compris le *droit romain* et le *droit canon* [6]. Comme la souveraineté des Etats d'Allemagne acquérait de plus en plus la perfection, et que chaque seigneur qui faisait partie de ces Etats établissait dans sa juridiction des tribunaux, à l'exemple des tribunaux suprêmes, il les imita aussi dans les ordonnances et les règlements qu'il rendit, en renvoyant ses juges au droit romain, ou en en permettant tacitement l'usage [7].

[1] Arthur Duck, *De usu et auctoritate juris civilis Romanorum in dominiis principum christianorum.* Lond. 1649, 1653; Lugd.-Bat. 1652, 1654. Lips. 1676. — Haubold. *Inst. jur. rom. hist. dogm.* § 943. — J. G. Kulpis, *De receptione jur. rom.* 1713. — Senkenberg, *Methodus jurisprudentiæ.* Append. III. *De recept. juris rom.*, et beaucoup d'autres.

[2] Quod principi placuit, legis habet vigorem. Fr. 1, pr. D. I, 4. — Cpr. fr. 31, D. I, 3.

[3] Dans son acte d'abdication de 1493, l'empereur Maximilien appelle les empereurs romains, Constantin le Grand et Justinien : ses prédécesseurs.

[4] Falck, *Encycl.* § 90.

[5] On ne parle ici que du *droit romain de Justinien* et non des droits romains *antéjustinéen* et *postjustinéen*, qui n'ont jamais été en usage en Allemagne.

[6] Reichs-Cammer-Gerichtsordnung, de l'an 1495, § 3. Les membres de cette chambre devaient jurer de juger d'après le droit commun et celui de l'Empire, et d'après les ordonnances, statuts et coutumes (conformes à la justice et à l'équité) des principautés, des seigneuries et des tribunaux. — Cpr. Reichs-Cammer-Gerichtsordnung de 1654, tit. I, § 15.

[7] *V.* par exemple, l'ordonnance de 1556, tit. V, de Brunswick-Wolfenbuttel; et celle de Lippe, P. II, ch. 6, ainsi que plusieurs autres.

§ 96. *Règles particulières pour l'application du droit romain en Allemagne.*

Le droit romain de Justinien n'a force de loi en Allemagne qu'autant qu'il s'est introduit par l'usage, ou, comme on a coutume de dire, qu'autant qu'il a été adopté. De ce principe général découlent les règles suivantes :

1. Le droit romain a force de loi chez les Allemands, en quelques matières, comme droit principal, c'est-à-dire, il en fait le principal fondement, de sorte que le droit allemand n'y paraît que comme addition ou modification ; dans d'autres matières de droit, il n'est que subsidiaire (*in subsidium*), c'est-à-dire, il ne sert qu'à compléter le droit allemand. Maintenant il faut indiquer d'une manière spéciale quels sont les rapports de l'un et de l'autre droit [1].

2. Dans les recueils de Justinien, il n'y a que les parties et les passages accompagnés de gloses, qui aient force de loi : *Quicquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia*. Cette règle ne provient pas de la grande autorité des glossateurs [2], mais parce que, lorsque le droit romain fut introduit en Allemagne, il n'y eut que ces parties qui fussent considérées comme utiles pour la pratique, et qui, par conséquent, fussent mises en usage. Les Institutes, les Pandectes et le Code sont glosés ; cependant il y a, dans ces deux derniers recueils, des fragments et des constitutions qui ne sont pas glosés. Aux fragments des Pandectes non glosés appartiennent : fr. 7, § 5 ; fr. 8, 9, 10, 11, D. XLVIII, 20. — fr. 17, 18, 19, D. XLVIII, 22 et le fragment intercalé entre le fr. 18 et 19, D. L, 17. Aux constitutions non glosées du Code, appartiennent surtout les *leges restitutæ* (§ 70), et tout le titre *de aleatoribus* (III, 43). Parmi les Novelles, il y en a 97 qui sont glosées [3], et ce sont précisément celles que les glossateurs ont rangées en neuf collations (§ 71).

3. Parmi les passages glosés des compilations de Justinien, il n'y a que ceux qui renferment réellement un principe de droit, qui aient force de loi (§ 97). Ainsi, n'ont pas force de loi les définitions scientifiques, les distinctions et les citations historiques, quoique pour la connaissance du droit nouveau, elles soient de la plus haute importance.

4. Les dispositions du droit romain qui ont rapport à des usages tout à fait inconnus en Allemagne, et aux institutions politiques, n'y reçoivent aucune application, quand même elles seraient glosées. Ainsi, tout ce qui concerne l'état ou le gouvernement des Romains ne sert ordinairement point pour l'Allemagne : il n'y a que quelques exceptions [4]. Les dispositions qui sont fondées sur des principes qu'on n'a jamais adoptés en Allemagne [5], ou dont le sujet n'existe pas parmi nous, n'ont pas non plus force de loi [6].

5. Réciproquement, le droit romain ne peut être appliqué aux affaires et aux matières tout à fait inconnues aux Romains, et qui ne sont que d'origine allemande. Ainsi, on ne peut appliquer ici que les lois et les coutumes de l'Allemagne : le droit romain, dans ces cas, ne doit être appliqué qu'avec la plus grande circonspection [7].

6. Au reste, le droit romain est reçu en Allemagne, avec les bornes qui lui ont été prescrites jusqu'ici, comme droit commun, dans son ensemble (*in complexu*), et non par parties détachées. Celui qui fonde ses raisons sur une disposition qui y est contenue, a pour lui, comme on dit, *fundatam intentionem*, c'est-à-dire, il y a présomption pour la validité et l'application du texte qu'il a cité, jusqu'à ce que celui contre lequel il l'emploie, prouve qu'il ne peut lui être opposé à cause d'une des règles précédentes, ou qu'il est abrogé par une nouvelle loi.

---

[1] Reichs-Hofraths-Ordnung, tit. I, § 15.

[2] C'est pour ce motif que les opinions particulières des glossateurs ont aussi peu d'autorité légale que celle d'un autre jurisconsulte moderne ou ancien. On en trouve une preuve, pour les Authentiques, dans le Code. *V.* le § 85, et les écrits qui ont rapport à cela, dans Haubold, *Inst. jur. rom. hist. dogm.* § 899.

[3] D'après la manière actuelle de compter, ce sont les *Novelles* : 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 33, 34, 38, 39, 44, 46, 47, 48, 49, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 60, 61, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99. 100. 105, 106, 107, 108, 109, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118. 119, 120, 123, 124, 125, 127, 128, 131, 132, 134, 143, 150, 159.

[4] Par exemple, les droits du fisc.

[5] Par exemple, la règle qui porte qu'un *pactum* ne donne lieu à aucune action.

[6] Tout ce qui regarde les esclaves, la *legitimatio per oblationem curiæ*.

[7] Par exemple, la communauté des époux, le change, les assurances, les successions contractuelles ; ensuite, les rapports légaux de la noblesse, de la bourgeoisie et des paysans.

§ 97. ***Manière de concilier les différentes parties du droit romain, en cas de contradiction*** [1].

Quand deux ou plusieurs passages des livres de droit romain, reçu chez les Allemands, renferment des dispositions différentes ou contradictoires sur le même sujet, on doit chercher, avant tout, si cette contradiction n'est pas seulement apparente, et si on ne peut la faire disparaître par la critique du texte ou l'interprétation. Si l'on ne peut y réussir, on part de ce principe : *le droit nouveau l'emporte sur l'ancien* (§ 6). Néanmoins, dans le cas où il se trouve une contradiction, on ne doit jamais perdre de vue le caractère particulier de chaque recueil de lois. Ainsi, il y a à ce sujet plusieurs règles à suivre :

I. Quand la contradiction vient de ce qu'on a abrogé une loi par une loi postérieure, la dernière doit toujours être préférée [2]. Il s'ensuit :

a) Que les Novelles, bien entendu celles qui sont glosées, ont plus d'autorité que les Institutes, les Pandectes et le Code ; et que, parmi les Novelles elles-mêmes, les dernières l'emportent sur les plus anciennes [3].

b) Que le *Codex repetitæ prælectionis* doit passer avant les Pandectes et les Institutes, parce qu'il est plus récent, qu'il doit son existence à une nouvelle révision du droit en vigueur, et parce que de tout temps aussi, on a accordé en général une plus grande autorité aux constitutions, quoique maintenant on ne fasse aucune différence essentielle entre les passages du Code qui renferment un édit, et ceux qui sont des rescrits ou des décrets [4].

II. Quand la contradiction vient de ce que, dans un passage, l'ancien droit est cité d'une manière historique, tandis que l'autre contient le nouveau droit, il est naturel que ce dernier soit préféré.

III. Si les Institutes et les Pandectes sont en contradiction, et si cette contradiction ne peut disparaître à l'aide de distinctions et de la critique, alors la difficulté devient sérieuse. Si l'on vient à considérer que Justinien a eu pour but d'instruire, mais surtout de donner un livre de droit pour la pratique, en faisant les Pandectes, et que les Institutes, au contraire, étaient destinées à l'enseignement, qu'en outre il n'a pas eu le dessein, dans les Institutes, de déroger aux Pandectes, et qu'enfin on doit regarder les Pandectes en quelque sorte comme la source des Institutes, alors, dans la règle, on préférera les Pandectes, excepté cependant lorsque les Institutes renferment une loi plus récente ; ce qui a principalement lieu quand les Institutes ont rapport à de nouvelles constitutions, qui dérogent aux précédentes.

IV. Si l'on trouve des contradictions dans un même recueil, l'une des deux opinions, confirmée par les compilateurs, est préférée : dans le cas contraire, on ne peut établir aucune règle générale [5]. Pour concilier et expliquer deux textes ainsi contradictoires, on doit faire attention tout à la fois à la connexité historique et intérieure des matières où se trouve la contradiction, à l'analogie, à la place qu'ils occupent dans la compilation, à leur ancienneté, à leur nature et aux principes sur lesquels ils sont fondés ; mais un interprète instruit et intelligent peut seul prononcer sur des cas particuliers.

[1] *V.* Schœman, *Handb. des Civilrechts*, t. I, p. 1 et suiv. — Haubold. *Inst. hist. dogm.* ed. Otto, § 300.

[2] Fr. 4. D. I, 4. « Constitutiones tempore posteriores potiores sunt his, quæ ipsas præcesserunt. »

[3] Sur la date des Novelles, *v.* Biener, *Geschichte der Novellen*, p. 500-530.

[4] Justinien, par la Const. 12, C. I, 4, a aussi donné force de loi générale aux rescrits et aux décrets. Mais pour l'interprétation, la distinction entre les édits et les rescrits est encore d'une haute importance, parce qu'on ne doit pas perdre de vue que les rescrits ont toujours été donnés pour des cas particuliers.

[5] Justinien ne veut pas reconnaître de telles antinomies dans les Pandectes ; dans sa Const. *Tanta*, § 15, il dit : « *Contrarium autem aliquid in hoc Codice (juris enucleati) positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitates rationes excutiet.* » Cpr. Const. *Dedit*, § 15. — Hænleim, *De officio et potestate interpretis circa antinomias in Pandectis obvias*. Erlang. 1817.

SECTION V.

DES COLLECTIONS DES SOURCES DU DROIT ROMAIN. — DU CORPUS *juris civilis*; DE SES PARTIES ET DE SES DIFFÉRENTES ÉDITIONS.

§ 98. *Des collections des sources de droit antéjustinéennes* [¹].

Parmi les collections du droit romain antéjustinéen, parvenues jusqu'à nous, mais dont aucune n'est complète, nous remarquons surtout les suivantes :

1. *Jurisprudentia vetus antejustinianea ex recens. et cum notis.* Antonii Schultingii. Lugd.-Bat. 1717. Une édition de G. H. Ayrer, Lips. 1737, ne contient que les écrits les plus importants des jurisconsultes romains parvenus jusqu'à nous, la *Legum Mosaïcarum et Romanarum Collatio* (§ 57), et quelques fragments d'anciennes collections de constitutions, notamment des Codes grégorien et hermogénien (§ 54) ; elle ne contient rien du Code théodosien (§ 55) ; et les vraies Institutes de Gajus, découvertes plus tard, n'y sont données que d'après le travail dont elles ont été l'objet dans le *Breviarium Alaricianum* (§ 59).

2. *Jus civile antejustinianeum codicum et optimarum editionum ope a societate Jctorum curatum ; præfatus est et indicem editionum adjecit* Gustavus Hugo. 2 tom. Berolini, 1815. Cette collection contient, outre ce qui se trouve chez Schulting, le Code théodosien, mais sans les nouvelles découvertes faites dans les cinq premiers livres, par Peyron, Clossius, Haenel et Wenck ; elle ne renferme ni le vrai Gajus, ni les *Vaticana Fragmenta*, ni la préface qu'elle promet.

3. Le *Corpus juris civilis antejustinianei*, consilio et cura professorum Bonnensium, Aug. Bethmann-Hollweg, Ed. Bœcking, Jo. Chr. Hasse, Ed. Puggé aliorumque. Bonnæ, 1830. Ce recueil contiendra tout ce qui a paru dans les deux collections précédentes, ainsi que plusieurs autres pièces. Jusqu'ici on en a publié : *Gaji Institutionum commentarii IV*, par Heffter, et *Gaji Institutionum libri II*, ex lege Romana Visigothorum, par Bœcking (*v.* plus haut, p. 22, note 5) ; ensuite : *Ulpiani Fragmenta*, par Bœcking (p. 23 note 1), *Volusii Mæciani de assis distributione* (p. 22, note 2), *Fragmentum Sexti Pomponii* (p. 22, note 3), *Dosithei Interpretamenta* (p. 23, note 4), *Fragmentum veteris Jcti de jure fisci* (p. 23, note 4), *Fragmentum Herennii Modestini* (p. 23, note 3), par le même ; *Julii Pauli Receptæ sententiæ* (p. 23, note 2), par Arendts, et *Legum mosaïcarum et Romanarum collatio* (p. 28, note 3), par Blume.

§ 99. *Du Corpus juris civilis* [²].

Les différentes parties dont est composé le recueil de droit de Justinien, furent toujours dans le commencement transcrites séparément, et plus tard elles furent aussi imprimées de même. Toutes, prises ensemble, portaient très-anciennement le nom de *Corpus juris civilis* [³],

[¹] Hugo, *Index editionum fontium corporis juris civilis*, placé à la suite de son édition de *Pauli Receptæ sententiæ*. Berol. 1795, p. 123. — Haubold, *Inst. lit.* p. 217 et suiv. — W. F. Clossius, *Hermeneutik*, p. 46-70. — Quant aux sources du droit romain-grec après Justioien, *v.* plus haut, les §§ 74-77, et Clossius, p. 87-105.

[²] *V.* Spangenberg, *Einleitung in das Ræmisch-Justianeische Rechtsbuch, oder Corpus juris civilis*, ou *Introduction à l'étude de la législation de Justinien*, ou *Corpus juris civilis romani* ; il y traite de ses sources, de sa oaissaoce, de son plao, de sa propagation et de sa force légale en Allemagne, etc. Hanavre, 1817, p. 401-950. — *Indicis codicum et editionum juris Justinianei prodromus*, cura Jo. Lud. G. Beck. Lipsiæ, 1823. — Clossius, p. 29-46; p. 105 et suiv.

[³] Pour les distinguer du *Corpus juris canonici*. L'expression de *Corpus omnis romani juris* se trouve

quoiqu'ou ne donnât cependant pas ce nom général au recueil entier qui en aurait été fait. Chaque volume eut et conserva plutôt son titre particulier [1], jusqu'à ce que Denis Godefroy donna, en 1604, ce titre général à la seconde édition de son *Corpus juris civilis* glosé, nom que la première n'avait paa porté (1589). Depuis ce temps, ce nom a été conservé pour toutes les autres éditions. L'ordre dans lequel on a rangé lea différentes parties du *Corpus juris*, n'est paa le même dana les anciennes éditions, et, dana les moins anciennes, il n'est pas rigoureusement suivi. Nous prendrons pour baae celui qui se trouve dans toutes les nouvellea éditions.

§ 100. *Do ses différentes partios.*

I. *Les Institutes.*

Il y a encore beaucoup de manuscrits des Inatitutes [2]. Parmi lea plus anciens qui nous aoient parvenna, il s'en trouve un de Bamberg, qui est du IXe ou du Xe aiècle; un de Turin, peut-être de la même époque, et avec une glose dont une partie fut écrite en même temps, et l'autre plus tard [3]; enfin celui qui était autrefois à Seisaenstein, également du Xe siècle [4].

Quant aux éditions imprimées, les suivantes sont remarquables :

1. L'*editio princeps*, iu urbe Maguntina per Petr. Schoyffer de Gernsheym, 1468, fol.

2. L'*editio Haloandrina*, de Grégoire Haloander, à Nuremberg, 1529.

3. L'*editio Cujaciana*, de Jacques Cujas, à Paris, 1585. Jean-Bernard Kœhler la prit pour base de l'édition des Institutes, qu'il publia à Gœttingue, en 1772, et l'accompagna de remarques critiquea [5].

4. L'édition de F. A. Biener [6].

5. Celle de C. Bucher, faite d'après le manuscrit d'Erlangen [7].

6. Celle de W. M. Rossberger, avec une traduction allemande [8].

7. L'édition synoptique des Institutes de Justinien et de Gajus, par C. Klenze et Ed. Bœcking [9].

8. L'édition de Ed. Schrader, formant la première partie du *Corpus juris civilis* qu'il publie conjointement avec plusieurs autres jurisconsultes [10].

9. Celle de E. F. Vogel [11].

§ 101. II. *Les Pandectes.*

1. *Du manuscrit Florentin.*

Parmi les manuscrits des Pandectes, celui de Pise ou de Florence eat, sans contredit, le plus ancien [12] et le meilleur, quoiqu'il reu-

déjà employée par Tito-Live, III, 34, mais seulement pour les Douzo Tables. Justiuien emploie le uom do *Corpus juris*, dans la consl. uu. pr. C. V, 13, en parlaut des sources du droit romaiu. Aux XIIe ot XIIIe siècles, ou se servait déjà fréquemmeot du nom de *Corpus juris civilis*, pour désigner toute la collection des livres do droit do Justinien. Savigny, t. III, p. 478. — Denis Godofroy fut cependaut le premier qui l'employa comme titre de l'ouvrage entier. Cependant l'édition de *Peter ab Area do Baudoza*, 1593, portait déjà lo uom de *Universi juris civilis* iu quatuor tomos distributi *Corpus*. Le nom do *Corpus juris civilis romani* est plus moderne.

[1] Ainsi, par exemple, le premier volume s'appelait : *Digestum vetus*, le second : *Infortiatum*, le troisième : *Digestum novum*, le quatrième : *Codex repetitæ prælectionis*, lo ciuquième : *Volumen parvum* ou *Volumen* simplemeut. *V.* plus loin, le § 107, et Savigny, t. III, p. 478.

[2] Eckhardt, *Hermeneutica juris*, ex edit. Walch, p. 143. — Spangeuberg, p. 532. — Cpr. aussi Rosshirt, *Notions littéraires sur le droit romain*, cah. 1, n° 1, où il donue des détails sur trois manuscrits des Institutes de Bamberg. — *V.* sur les manuscrits des Institutes : Schrader, *Prodromus corporis juris civilis*. Berolini, 1823, p. 35.

[3] Ce manuscrit très-remarquablo n'a été découvert qu'en 1820, par Clossius, dans la Bibliothèquo royalo à Turin. *V.* à ce sujet, Schrader, *loc. cit.* p. 55, XC. — Savigny, t. III, p. 665, qui donne aussi, p. 671, la glose de Turiu. — Hugo, *Hist. du droit rom. depuis Justinien*, 3e éd. p. 86.

[4] On ignore où il se trouve à présent.

[5] Kœbler soigna les Institutes pour le *Corpus juris* de Gebauer-Spangenberg, ot, avaut quo la seconde partie oe parût, il s'eu servit pour son édition. Sur la critiquo du texte des Institutes, *v.* Wüstemaun, dans sa préface sur la *Paraphrase do Théophile*, p. IX et soiv.

[6] *D. Justiniani Institutionum libri* IV. Recensuit et indicem editiouum adjecit Fr. Aug. Biener, Berol. 1812.

[7] *D. Justiniani Institutionum libri* IV. Textu ad codicem olim Heilbronnensem nunc Erlangensem recognito ed. C. Bucber. Erlang. 1826. — J. F. Huuger, *Diss. sistens criticas aliquot observationes in cod. Heilbronnensem*. Erlang. 1826.

[8] *D. Justiniani Institutionum libri* IV. Recensuit et denuo recognovit G. M. Rossberger. Berol. 1829.

[9] *Gaji et Justiniani Institutiones juris romani*. Recognoverunt, adnotationem adjecerunt conjunctasque ediderunt Clem. A. C. Klenze et Ed. Bœcking. Berol. 1829.

[10] *V.* plus bas, p. 54, uote 3.

[11] *Flavii Justiniani Imperatoris Romani Institutiones.* Ad optimorum subsidiorum fidem coutextum recensuit Em. F. Vogel. Lips. 1833.

[12] On le place ordinairement au VIIe siècle. Mabillon, *De Re diplomat.* lib. V, tab. 6. Tous les autres manuscrits des Paudectes quo l'ou possède, sont plus récents.

M. Pertz a cependaut trouvé dans les deruiers temps, à Naplea, quelques feuilles d'uu mauuscrit de la même époque que le manuscrit de Florence. M. le professeur Gaupp les a publiées, sous lo titre : *Quatuor folia an*

ferme quelques lacunes dans le quarante-huitième livre, et qu'on y trouve des preuves de l'ignorance de son copiste [1]. Tous les autres manuscrits des Pandectes, que l'on a longtemps regardés à tort comme des copies de celui de Florence, furent appelés *manuscripta vulgata*, ou *codices vulgati*, par opposition à celui de Florence [2]. Il est probable qu'il fut déjà confectionné au VIIe siècle, à Constantinople, par un Grec. De là, il vint en Italie, où il fut d'abord trouvé à Pise [3]; il y resta jusqu'en l'année 1411, et passa de là à Florence, où il se trouve encore maintenant [4]. Le premier qui collationna ce manuscrit, fut Politien († 1494). Bolognini († 1508) et Augustin († 1586) continuèrent cette collation [5], et Lelio et François Torelli (père et fils) firent connaître plus généralement ce manuscrit, en le faisant imprimer à Florence, en 1553 [6]. Cependant le texte qu'ils donnèrent n'était pas entièrement conforme; ils corrigèrent les passages dépourvus de sens, d'après les *ms. vulgata*, en tirèrent aussi des mots, en remplirent les lacunes, et désignèrent ces changements par différents signes. La dernière collation du manuscrit de Florence, faite avec soin, est de Henri Brenckmann; elle se trouve dans les notes du *Corpus juris* de l'édition de Gœttingue.

§ 102. 2. *De la division des Pandectes en trois volumes.*

Une très-ancienne division des Pandectes, qui date du temps des glossateurs et qui forme la base de presque tous les manuscrits et éditions du Digeste, depuis ce temps jusqu'au XVIe siècle, est celle en trois parties ou volumes; le premier s'appelait : *Digestum vetus*, le second : *Infortiatum*, et le troisième : *Digestum novum*. Le *Digestum vetus*, ou la plus ancienne partie des Pandectes, commençait au livre 1er jusqu'au livre XXIV, titre II inclusivement; le *Digestum novum*, ou la dernière partie, commençait, dans le principe, avec ces mots du fr. 82, D. XXXV, 2 : *tres partes*, et allait jusqu'à la fin des Pandectes. On ne possédait d'abord à Bologne que ces deux parties, la première et la dernière; lorsque plus tard on reçut également la seconde partie [7], on sépara du *Digestum novum* cette partie, qui commençait par les mots : *tres partes*, et qui s'étendait jusqu'à la fin du XXXVIIIe livre, et on l'ajouta à cause de la liaison des matières, à la partie du milieu des Pandectes, qui reçut de ce renfort, le nom de *Infortiatum* (on ne dit jamais *Digestum Infortiatum*); de cette manière, l'*Infortiatum* va du livre XXIV, titre III, au livre XXXVIII inclusivement, et le *Digestum novum* du livre XXXIX jusqu'à la fin des Pandectes [8].

§ 103. 3. *Des diverses éditions des Pandectes.*

Les éditions imprimées des Pandectes sont très-différentes, quant à leurs leçons. On les

---

tiquissimi alicujus Digestorum codicis rescripta Neapoli nuper reperta, nunc primùm edita. Vratislav. 1823, in-4°.

[2] Nous avons une histoire détaillée et une description de ce manuscrit remarquable, par Brenckmann, *Histor. Pandect. s. factum exemplaris Florentini.* Traj. ad. Rhen. 1722. Ajoutez : Ge. Chr. Gebauer, *Narratio de Brenckmanno.* Gœtt. 1764. — Cpr, aussi : Hugo, *Hist. du droit rom. depuis Justinien*, p. 89. Sur les disputes qui se sont élevées concernant ce manuscrit, v. Haubold, *Inst. hist. dogm.* § 274.

[2] Bach, *Hist. jur.* IV, 3, § 6 — Eckhardt, *Hermeneut. jur.* ed. Walch. I. 2, § 68-74. — Savigny, t. II, p. 148; t. III, p. 410 et suiv.

[3] Odofredus, ad L. *In rem actio D. de rei vind.* — Bartolus, *In rub. D. sol. matr.* — D'après une opinion autrefois très-commune, il doit avoir été découvert à Amalphi. Lothaire II, empereur, en aurait fait présent aux habitants de Pise, ses alliés. — Pancirolus, *De claris legum interpretibus*, liv. II, ch. 3, 13. — Sigonius, *De regno Ital.* lib. II, t. 2, dans ses *Opp.* p. 678, 682. Mais cette opinion a été contredite, en 1722, par Asti, et après lui, par Guido Grandi, 1727 : et depuis eux, on n'y ajoute plus foi. — Hugo, *Histoire du droit romain depuis Justinien*, p. 451. — Savigny, t. III, p. 83. — Walch ad Eckhardt *Herm. juris*, p. 76 seq.

[4] Quand on le reçut à Florence, il fut relié en pourpre, doré sur tranche et déposé dans une cassette richement garnie; il fut conservé comme une relique dans l'ancien palais de la république, et pour le montrer aux curieux, les moines avaient toujours la tête découverte et un cierge à la main. Les éclaircissements les plus modernes sur ce manuscrit, surtout depuis l'invasion française en Italie, nousont été donnés par Færster, dans le *Journal pour la jurisprud. historique*, t. II, p. 271.

[5] Haubold, *Inst. lit.* § 42, n° 105. — Hugo, *Hist. du droit romain depuis Justinien*, p. 233.

[6] Hugo, *loc. cit.* p. 238.

[7] C'est par erreur que beaucoup d'auteurs ont cru que cette partie avait été entièrement perdue en Italie. *V.* Bartolus, *In rubr. tit. D. soluto matrimonio* (où commence l'*Infortiatum*) : « *hoc volumen* (*Infortiatum*) *nunquam fuit amissum. Semper enim fuit totum volumen Pandectarum Pisis et adhuc est.* » Seulement le milieu manquait à Bologne.

[8] Sur l'histoire de cette division remarquable des Pandectes, v. Odofredus, *In Dig. vetus L.* jus civile 6, *de Just. et jure*; *in Infortiatum, initio*; *in Infortiatum, L.* 82; *ad L. Falc. verb.* tres partes; *in Dig. novum, initio.* — Heynius, *Notat. corp. jur. glossati*, dans ses *Opusc. acad.* vol. II, p. 313.

divise en trois classes principales [1]. Ou bien elles contiennent :

1. La *lectio Florentina s. litera Pisana* (§ 101), c'est-à-dire cette leçon ou manière de lire qui se trouve dans le manuscrit de Florence [2]; ou bien :

2. La *lectio vulgata, seu Bononiensis*, formée par les glossateurs qui la tirèrent du manuscrit de Florence et d'autres manuscrits des Pandectes, et qui fut adoptée ensuite dans tous les autres manuscrits [3]; ou enfin :

3. La *lectio mixta*, c'est-à-dire celle où l'on a employé tantôt la *lectio florentina*, tantôt la *vulgata*. Une édition très-célèbre de cette dernière espèce est celle que l'on nomme *Haloandrina*, que Grégoire Haloander publia à Nuremberg, an 1529, en 3 volumes in-4°, et qui, pour cette raison, s'appelle aussi *lectio Norica*. Il mit à profit, non le manuscrit florentin lui-même, mais la collation faite par Politien et Bolognini [4].

§ 104. III. *Le Code.*

Il y a encore plusieurs manuscrits du Code [5], mais aucun n'est aussi ancien, aussi célèbre ni aussi complet que le manuscrit des Pandectes de Florence. Lorsque l'Italie était sous le joug des peuples germaniques, les manuscrits du Code n'étant destinés qu'à la pratique, furent extrêmement défigurés; non-seulement on en retrancha les trois derniers livres, parce qu'ils ne contenaient que du droit public, et que, pour cette raison, on les regardait en Italie comme inutiles, mais on omit même, dans les neuf premiers livres, plusieurs constitutions particulières [6]. De là vient qu'ordinairement on n'enseignait que les neuf premiers livres, et qu'on les trouve seuls imprimés dans les anciennes éditions. Plus tard, on réunit les trois derniers livres dans le *volumen parvum*, en les séparant des neuf premiers (§ 107).

Parmi les éditions du Code, on doit distinguer l'*editio Haloandrina*, de Grégoire Haloander, 1530, fol. Elle renferme tous les douze livres, comme celle de Le Conte, Paris, 1562, fol.; de Russard, Anvers, 1575, fol.; et de Charondas, Anvers, 1575, fol. Dans l'édition du *Corpus juris* de Gebauer-Spanganberg, outre les leçons des quatre derniers éditeurs, on a aussi suivi celles du manuscrit du Code, de Gœttingue.

§ 105. IV. *Les Novelles.*

Dans le principe, les Novelles n'ont point formé de volume, et elles n'étaient point faites pour en former un; mais comme on les a trouvées éparses et mises séparément dans les éditions, il est aisé de concevoir pourquoi, de toutes les parties du *Corpus juris*, celle-ci est la moins uniforme dans les éditions [7]. Elles ne peuvent se classer; on ne peut qu'indiquer ce que chaque éditeur a fait pour les mettre en ordre [8].

Parmi les éditions des Novelles, on doit remarquer :

1. L'*editio vulgata*, qui renferme les Novelles connues des anciens glossateurs, ainsi que les trois derniers livres du Code, les Institutes, et les *libri feudorum*, imprimée pour la première fois : *Romæ, apud sanctum Marcum*, 1478, fol.

2. La première édition grecque, enrichie d'une version latine, par Grégoire Haloander, Nuremberg, 1531; bientôt après, parut à Bâle, 1541, une édition des Novelles, qui a pris pour

---

[1] Cpr. Falck, *Encyclop.* § 88. — Savigny, t. III, p. 410 et suiv.

[2] Le texte du manuscrit de Florence ne se trouve dans aucune édition, dans toute sa pureté, pas même dans celle de Torelli (§ 101); cependant les éditions de L. Russard (Lyon, 1521, in-fol.), de Julius Pacius (Genève, 1580, in-fol.), de Charondas (Anvers, 1575, in-fol.), et de Le Conte (Lyon, 1571, 1581, in-12), et l'édition de Gebauer Spangenberg l'ont admis.

[3] Savigny, t. II, p. 147; t. III, p. 424-449. — Cramer, *Tit. Pand. et Cod. de verborum significatione.* Kil. 1814, in præf. p. 13 seq. — Clossius, *Descriptio cod. quorumd. manusc. Dig. vet.* cum præf. Schraderi, Vimar. 1818, in præf. et pag. 271. — Schrader, *Tit. D. de condict. ob turpem causam et de testibus.* Tüb, 1819, in præf. p. 24. — La *lectio vulgata* se trouve dans toutes les éditions qui précédèrent les *Collations* de Politien et de Bologoini. Après ceux-ci, les éditions commencent à être mêlées.

[4] Les éd. de Godefroy appartiennent aussi aux éd. mixtes; longtemps on les a considérées comme des *Editiones vulgatæ*, tandis que l'on y a cependant suivi la *lectio Florentina.*

[5] *V.* Eckhardt, *Hermen. juris*, de l'éd. Walch, p. 155.

[6] Savigny, t. III. p. 449.

[7] Sur les manuscrits des Novelles qui existent encore, *v.* Eckhardt, *loc. cit.* p. 164.

[8] Ceux qui se sont fait remarquer pour l'histoire littéraire des Novelles sont : And. Guillaume Cramer, d'abord par ses *Analecta lit. ad hist. Novellar. Justiniani*, Kilon. 1794; ensuite par deux *Beitræge zu Hugo's civ. Magazin* (t. III), et Phil. Fried. Weiss, par son *Histor. Novell. lit.* Marbourg, 1800. Cet écrit, resté malheureusement incomplet, n'expose l'histoire littéraire des Novelles que jusqu'à Haloander. — Savigny, t. III, p. 455, t. IV, p. 484. — Biener, *Geschichte der Novellen*, ou *Histoire des Novelles* (Berlin, 1824), p. 317 et suiv. Cet ouvrage contient les recherches les plus détaillées et les plus profondes sur l'histoire littéraire des Novelles.

base le texte grec de Haloander, mais après l'avoir altéré. Dans le texte latin, la *versio Haloandrina* et la *vulgata* sont placées l'une à côté de l'autre.

3. Bientôt après cette dernière, parut la première édition de Henri Scrimger, à Genève, 1558. Elle offrait 25 Novelles que Haloander n'avait pas rapportées dans la sienne, mais aussi elle en laissait regretter 4 qui se trouvaient dans celle de Haloander. Henri Agylée fit des suppléments à ces deux éditions, et les publia à Cologne, en 1560, et ensuite à Bâle, 1561.

4. Une édition plus complète que toutes les précédentes, est l'édition de Le Conte, en grec et en latin, qui fut publiée à Lyon, en 1559, 1566, 1571, avec des changements à l'ordre dans lequel étaient classées les Novelles, tantôt avec et tantôt sans gloses. Une réimpression de celle de 1566 parut à Lyon, en 1581. Le texte latin de Le Conte a été ensuite adopté pour les éditions de Godefroy.

5. Simon van Leeuwen, dans son édition in-fol. d'Amsterdam, 1663, donna aussi le texte grec. Cette édition de Leeuwen fut prise ensuite pour base de la traduction latine des Novelles, publiée par Jean Friedr. Hombergk, à Vach; Marbourg, 1717, in-4°. Hombergk traduisit tout le texte grec qu'il rencontra; pour le reste, il se servit du latin.

6. L'édition la plus nouvelle et la plus complète est celle qui se trouve dans le *Corpus juris* de Gebauer-Spangenberg. Dans cette édition, on rencontre non-seulement tout ce que renferme celle de Leeuwen, mais encore la traduction de Hombergk, avec ses suppléments et ses variantes les plus précieuses.

7. Enfin, de Savigny a publié encore les soixante-deuxième et cent-quatrième Novelles, qui n'avaient pas encore été imprimées jusqu'à lui, et Biener a publié une disposition entièrement inconnue de Justinien : elles ont été tirées d'un manuscrit de Vienne. C. J. A. Kriegel a également complété la Novelle 87, d'un manuscrit vénitien, florentin et viennois [1].

§ 106. *Des appendices du* Corpus juris.

Outre les livres de droit et les recueils de Justinien que nous avons nommés jusqu'ici, on trouve encore dans le *Corpus juris* différentes additions provenant tant des glossateurs que des éditeurs modernes. Ces additions sont :

1. Les treize édits de Justinien, qui, au fond, sont aussi des Novelles, et qui auraient plus de droit d'être joints au recueil des Novelles que plusieurs Novelles des successeurs de Justinien et des Eparques.

2. Cinq constitutions de Justin le jeune.

3. Cinq constitutions de Tibère le jeune, dont la quatrième manque.

4. D'autres constitutions de Justinien [2], de Justin et de Tibère.

5. Les cent treize Novelles de l'empereur Léon.

6. Une constitution de Zénon, *de novis operibus*.

7. Une multitude de constitutions de différents empereurs, sous le titre de : *Imperatoriæ constitutiones*.

8. *Canones sanctorum et venerandorum Apostolorum*.

9. Les *Libri feudorum*, recueil des coutumes des Lombards et des lois des empereurs sur les droits féodaux pendant le XIIe siècle. Ce recueil est encore maintenant la principale source du droit féodal en Allemagne [3].

10. Quelques constitutions de Frédéric II, d'où sont prises principalement les *Authenticæ Fridericianæ* du Code (§ 83).

11. Deux ordonnances de Henri VII, de l'année 1312, nommées *extravagantes*, sur le crime de lèse-majesté et sur la rébellion.

12. Le *liber de pace Constantiæ*, qui renferme la paix de Constance, que l'empereur Frédéric Ier conclut en Lombardie avec les villes confédérées.

Dans plusieurs éditions, par exemple, dans celle de Simon van Leeuwen, on trouve encore les fragments des Douze Tables, et ceux des ouvrages de plusieurs jurisconsultes romains, particulièrement d'Ulpien, de Paul et de Cajus. Dans l'édition de Pierre ab Area Baudoza, on a même ajouté la bulle d'or de Charles IV.

§ 107. *Des éditions de tout le* Corpus juris.

1. *Des éditions glosées.*

Les éditions de tout le *Corpus juris* se divisent en éditions *glosées* et en éditions *non glosées* [4].

---

[1] C. J. A. Kriegel, *Symbolæ criticæ ad Novellas Justiniani*, sive Nov. 87 in integrum restituta e codice Veneto, Florentino atque Vindobonensi. Lips. 1832.

[2] La plus remarquable est la *Sanctio pragmatica : pro petitione Vigilii*. — *V.* à cet égard le § 79, note 3.

[3] C. G. Paetz, *De vera librorum juris feudalis longobardici origine*. Gœtt. 1805. — C. Fréd. Dieck, *Literaergeschichte des Longobardischen Lehnrechts*, ou *Histoire littéraire du droit féodal lombard*. Halle, 1828. — Ernest Ad. Laspeyres, *Ueber die Entstehung und ælteste Bearbeitung der libri feudorum*, ou *Sur l'origine et le plus ancien travail des libri feudorum*. Berlin, 1830.

[4] Sur les diverses éditions du *Corpus juris civilis* et les titres particuliers, *v.* Sammet, *Hermeneutik*, § 12,

Les éditions glosées se composent ordinairement de cinq volumes, dont le premier contient le *Digestum vetus*, le second l'*Infortiatum*, le troisième le *Digestum novum*; le quatrième renferme les neuf premiers livres du Code; et le cinquième, qui est intitulé *Volumen legum parvum*, est composé des trois derniers livres du Code, des Novelles, des *Libri feuderum*, et des Institutes [1]. Les meilleures éditions glosées sont :

1. Celle qui a paru à Lyon *apud fratres Sennetonios*, 1549, 1550, en cinq in-fol. [2].

2. Celle de Le Conte, publiée à Paris en 1576, en cinq in-fol.

3. Le *Corpus juris civilis glossatum ex recens. Dionys. Gothofredi*, qui parut à Lyon, d'abord en 1589, en six in-fol., *sans* le titre commun de *Corpus juris*, ensuite, en 1604, *avec* ce titre, et qui fut enfin corrigée et augmentée, en 1612.

4. L'édition glosée, la plus récente et la meilleure, est celle qui parut à Lyon, en 1627, aussi en six in-fol., *studio et opera Joannis Fehii* [3].

§ 108. 2. *Des éditions non glosées.*

Les éditions non glosées sont subdivisées en éditions accompagnées de notes de jurisconsultes modernes, et en éditions qui ne contiennent que le texte.

A. Les meilleures éditions avec des notes sont :

1. Celle de Louis Russard, intitulée *Jus civile*, publiée d'abord à Lyon, en 1560, 1561, en deux in-fol., et ensuite à Anvers, en 1566 et 1567, et en 1569 et 1570, en sept volumes in-8° [4].

2. Celle de Aut. Le Conte, qui parut à Paris, en 1562, en neuf in-8°; à Lyon, en quinze in-12, et en 1581, avec un nouveau titre [5].

3. Celle de Charondas, qui parut à Anvers en 1575, en deux in-fol., et dans laquelle l'éditeur employa avec discernement les notes de Russard et de Le Conte.

4. Celle de Julius Pacius, qui fut d'abord publiée à Genève, en 1580, in-fol., et la même année, en neuf volumes in-8°.

5. Les éditions de Denis Godefroy [6]. La première parut à Lyon, en 1583, in-4°. et fut réimprimée à Francfort-sur-Mein, en 1587 [7]. La seconde édition, corrigée (*editio secundæ prælectionis*), fut publiée à Lyon, en 1590, en deux volumes in-fol. La troisième édition, corrigée, fut imprimée à Genève en 1602, en quatre volumes in-fol.; la quatrième, à Lyon, en 1607, en deux volumes in-fol.; et la cinquième, qui est la plus complète, accompagnée des notes de Denis Godefroy, parut à Genève, en 1624, in-fol., par les soins de son fils, Jacques Godefroy : elle a été ensuite souvent réimprimée, surtout par les soins de N. Antonius, à Lyon, en 1652 et 1662.

6. Une des meilleures et des plus belles éditions du *Corpus juris*, avec des notes, est celle que Simon van Leenwen publia à Amsterdam, en 1663, in-fol. Elle renferme, outre les notes de Godefroy, beaucoup de remarques de plusieurs autres jurisconsultes. Elle fut réimprimée d'abord à Francfort-sur-Mein, en 1663, et ensuite à Leipzig, en deux in-4°, dans les années 1705, 1720 et 1740 [8].

B. Parmi les éditions sans notes, on doit remarquer :

1. La réimpression de l'édition du *Corpus juris* de Haloander, à Bâle, chez Hervage, 1541, deux in-fol.; Thomas Guarinus a publié, en 1570, une réimpression de cette dernière édition, en trois vol. in-fol.

---

et surtout Spangenberg. *Einleitung*, p. 645 et suiv.

[1] Chacun de ces cinq volumes avait jadis une reliure de couleur différente, qui paraît avoir eu rapport au contenu des volumes. *V*. Sebast. Brant, *Omnium titulor. juris tam civilis quam canonici expositiones*. Lugd. 1547. p. 6, 7.

[2] Cette édition est remarquable parce que le *Brachylogus* (§ 80) y est reproduit pour la première fois, ainsi que *Juliani epitome Novellarum*, d'après un bon manuscrit (§ 72).

[3] Ordinairement on regarde comme une des meilleures éditions glosées celle de Pierre Baudeza (*ab Area Baudosa*). Lugduni (quelques exemplaires : Genevæ), 1593, quelquefois aussi avec un nouveau titre, de 1600, 4 vol. in-4°; mais elle est mauvaise. — Hugo, *Histoire du droit romain depuis Justinien*, 3ᵉ édit. p. 316.

[4] Russart, dans son édition, a renfermé entre le signe || || plusieurs passages, pour montrer qu'ils ne se trouvent pas dans tous les manuscrits. Sur ces signes, ainsi que sur ceux de Torelli et Godefroy, *v*. Phil. Fréd. Weis, *Des signes qui se trouvent dans les éditions des Pandectes, et notamment de Russart*. Marbourg, 1793.

[5] Le Conte n'a revu, dans cette édition, que les Institutes et le Code.

[6] Le choix du texte en est mauvais, et les notes contiennent beaucoup de répétitions inutiles, des objections sans solutions (*immo*), surtout des passages qui paraissent être en contradiction. *V*. Ge. Ad. Struvius, *Godofredi immo*. Francof. ad M. 1695. Néanmoins, les éditions de Godefroy sont très-utiles à cause des renvois aux sources et aux Basiliques, et à cause des extraits des meilleurs jurisconsultes. Il y a aussi des éditions *sans* notes de Godefroy, mais elles sont mauvaises.

[7] La réimpression de Francfort, de 1663, en grand in-4°, est à la vérité très-vantée, mais elle est fort mauvaise.

[8] Sur l'édition de 1720, *v*. Wieling, *Jurispr. rest*. P. II, p. 210. La réimpression de 1740 est bonne.

2. Celle d'Amsterdam, d'Elzevir, de 1664, avec la fameuse faute d'impression : *Pars secundus*, 1681, 1687, et la plus correcte, de 1700, in 8°.

3. Le *Corpus juris academicum*, de Freiesleben, publié d'abord à Altenbourg, 1721, gr. in-8°, ensuite à Bâle (*Coloniæ Munatianæ*), 1734, in-4°, puis très-souvent dans ces deux endroits. Les éditions d'Altenbourg ne contiennent que le texte, et celles de Bâle contiennent aussi des concordances placées sous le texte.

4. L'édition du *Corpus juris* commencée par Gebauer, et achevée, après sa mort, par Ge. Aug. Spangenberg, dont le premier volume parut à Gœttingue, en 1776, et le second en 1797, en grand in-4°. Elle renferme des variantes et des critiques, mais elle n'est enrichie d'aucune remarque explicative. Non-seulement Schrader a très-bien montré ce qu'il y avait à faire pour une édition critique et enrichie de notes explicatives [1]; mais nous avons la certitude que lui, Clossius, Tafel et Maier nous en procureront une [2] : le premier volume, contenant les Institutes, a paru [3]. Cependant, indépendamment de ce grand ouvrage de Schrader, plusieurs éditions plus petites du *Corpus juris civilis* se publient à Leipzig, et ne contiennent que le texte et les plus importantes des variantes; nous citerons entre autres celle de J. L. W. Beck [4], et celle des frères A. Kriegel et C. Kriegel [5]. Cette dernière édition se distingue par cela qu'elle renvoie dans ses Institutes, à Cujas, à Ulpien et aux Basiliques; dans les Pandectes aux trois masses de fragments et à leur ordre (§ 65), ainsi qu'aux *Partes Digestorum;* enfin aux Basiliques et à leurs scolies.

§ 109. *Des éditions remises en ordre et des Chrestomathies.*

Outre les éditions dont nous venons de parler, il y en a encore d'autres que l'on nomme *éditions remises en ordre :* ce sont celles dans lesquelles les éditeurs ont disposé le texte des fragments et des constitutions, en liant et réunissant les parties qui ont du rapport et qui étaient éparses auparavant. De ce nombre sont :

Euscbii Begeri *Corpus juris civilis reconcinnatum, in tres partes distributum*, cum præf. L. B. de Senkenberg. Francofurti et Lipsiæ, 1767 et 1768, en trois volumes. Rob. Jos. Pothier, *Pandectæ Justinianeæ in novum ordinem digestæ cum legibus Codicis et Novellis, quæ jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant.* Paris, 1748-52; ensuite, Lyon, 1782, en trois in-fol., et Paris, 1818-21.

Il y a des Chrestomathies qui sont un choix des meilleurs passages des diverses sources du droit romain, par Domat [6], Seidensticker [7], Hugo [8], Cropp [9], Savigny [10], Haubold [11], Pernice [12], Furstenthal [13], Hermenu [14], et Blondeau [15].

---

[1] Clossius. *Descriptio codicum quorumdam manuscriptorum Digesti veteris, etc.* cum præf. Schraderi. Vimariæ, 1818. — Schrader, *Tilt. Dig. de condict. ob turpem causam et de testibus.* Tubing. 1819, in præf.

[2] *Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio, edendi. Inest talins operis conspectus, subsidiorum ad Institutionum criticum recensionem et interpretationem spectantium enumeratio.* Berol. 1823.

[3] *Corpus juris civilis.* Ad fidem codicum manuscriptorum aliorumque subsidiorum criticorum recensuit, commentario perpetuo instruxit Eduardus Schrader. In operis societatem accesserunt T. L. F. Tafel, G. F. Clossius, post hujus discessum, G. J. C. Maier, t. I. Institutionum libri IV. Berol. ap. G. Raimerum, 1832.

[4] *Corpus juris civilis,* recognovit et brevi annotatione instructum edid. J. L. G. Beck. T. I, pars I, Lips. 1825; pars II, 1826. T. II, pars I, 1831 (*Codex*). Les Novelles ont paru en 1837.

[5] *Corpus juris civilis,* recognoverunt brevibusque adnotationibus criticis instructum ediderunt C. J. Albertus et C. Mauritius Fratres Kriegelii. Ed. stereotypa. Lips. sumt. Baumgaertneri. 1828.

[6] Domat. *Delectus legum Digestorum et Codicis ad usum scholæ et fori.* Paris, 1700; Amstelod. 1703. — Domat. *Les lois civiles dans leur ordre naturel.* Paris, 1713, 1723, 1745, 1756, 1767, 1777.

[7] Seidenstiker, *Corpus juris civilis in Chrestomatiam contractum.* Gœtt. 1798.

[8] Hugo, *Versuch einer Chrestomathie von Beweisstellen für das heutige Ræm. Recht,* ou *Essai d'une chrestomathie pour le droit romain moderne,* 1802, in-8°, formant le septième volume de son *Cours de droit civil ;* ensuite, 1807, le cinquième volume. La troisième édition a paru en 1820.

[9] Gropp, *Loca juris romani selecta.* Heidelberg, 1815, in-8°.

[10] Sans titre particulier.

[11] Haubold, *Doctrinæ Pandectarum lineamenta cum locis classicis juris imprimis Justinianei, etc.* Lipsiæ, 1820.

[12] L. Pernice, *Grundriss der Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Ræm. Rechts,* ou *Précis de l'histoire des antiquités et des Institutes du droit romain.* 3e édition. Halle, 1824.

[13] G. A. L. Furstenthal, *Corpus juris civilis, canonici, germanici reconcinatum,* 2 vol. Berlin, 1828, 1829. — Idem, *Corpus juris academicum systematice redactum,* t. I. Berlin, 1829.

[14] L. Hermann, *Sammlung der in Mackeldy's Lehrbuchs des heut. Ræm. Rechts citirten Belegstellen,* ou *Collection des passages cités dans le Manuel de droit romain* de Mackeldey. 2 parties. Giessen, 1832.

[15] H. Blondeau, *Chrestomathie,* ou *Choix de textes pour un cours élémentaire du droit privé des Romains,* précédé d'une *Introduction à l'étude du droit,* 1re et 2e livraisons. Paris, 1830; 3e et 4e liv. 1833.

SECTION VI.

DES DIFFÉRENTES MÉTHODES D'ENSEIGNEMENT ET DE LA BIBLIOGRAPHIE DU DROIT ROMAIN.

§ 110. *Des méthodes en général.*

Les travaux scientifiques qui font l'objet de tout droit positif, et par conséquent aussi du droit romain, reposent :

1. Sur l'*exégèse*, ou l'explication des sources mêmes du droit qui nous sont parvenues, d'après les règles de la critique et de l'interprétation.

2. Sur la *méthode dogmatique*, ou l'exposition systématique et le développement des principes tirés des sources du droit en vigueur.

3. Enfin, sur l'*histoire du droit*, ou l'indication des sources du droit, et, en particulier, de l'origine et de la formation progressive de chaque partie du droit (§ 18).

Chacune de ces trois méthodes de traiter le droit positif a son mérite particulier et son utilité, et aucune ne peut se passer entièrement de l'autre. L'exégèse des sources forme la première et la plus importante base de l'étude de tout droit positif; la méthode dogmatique nous enseigne à connaître le droit réellement en vigueur dans toute son étendue et dans son application pratique; l'histoire du droit nous montre les motifs historiques et politiques du droit en vigueur et, par là, nous en fait voir même l'esprit et le vrai sens. L'exégèse, la partie dogmatique et l'histoire du droit doivent donc toujours être liées; mais suivant le but particulier qu'on se propose d'atteindre dans les livres ou dans l'enseignement oral d'un droit positif, tantôt l'une, tantôt l'autre peut être considérée comme partie principale, et sous ce rapport seulement, la distinction que l'on fait ordinairement entre les ouvrages et l'enseignement exégétiques, dogmatiques et historiques, a quelque importance [1].

§ 111. *De la méthode des glossateurs.*

Les glossateurs suivaient de préférence, aussi bien dans leurs écrits que dans leur enseignement sur le droit romain, la méthode exégétique. Ils prenaient pour base le texte des livres de droit de Justinien et les expliquaient titre par titre, soit par des sommaires (*summæ*), soit en faisant des remarques à des passages isolés (*glossæ*) qui, en s'étendant en commentaire sur tout un titre, prenaient aussi le nom de *apparatus* [2]. Cette méthode fut encore suivie longtemps aussi bien en Italie et en France qu'en Allemagne, lorsque le droit romain s'y fut introduit et fut enseigné dans les universités nouvellement érigées.

§ 112. *Des nouvelles méthodes.*

Mais comme, dans la suite, on fit aussi des cours particuliers sur plusieurs autres branches de la science du droit, il fut impossible de donner au droit romain et à l'exégèse autant de temps qu'auparavant, et l'on fut obligé de chercher à en borner les leçons. A cet effet, on commença, dans les seizième et dix-septième siècles, à écrire des livres, d'abord sur les Pandectes, et ensuite même sur les Institutes, et à frayer ainsi le chemin à la méthode dogma-

[1] Sur les diverses méthodes d'enseigner le droit romain, v. Haubold, *Inst. jur. rom.* éd. Otto, § 22-34, ainsi que les ouvrages cités plus haut, § 18, note 2.

[2] Cpr. Spangenberg, *Einleitung*, p. 255. — Savigny, *Gesch. des RR.* t. III, p. 497, 525; t. IV et V.

tique. Dans tous les livres destinés à l'enseignement du droit romain, on suivait au commencement l'ordre des titres des Institutes et des Pandectes (*secundum ordinem Institutionum et Digestorum*), et c'est d'après cette méthode qu'on enseigna longtemps dans les universités allemandes [1]. Au contraire, dans les nouveaux ouvrages sur les Institutes et les Pandectes, on suit généralement aujourd'hui un ordre systématique, mais ces livres diffèrent souvent entre eux autant par leur contenu que par la forme. L'histoire du droit romain se joint tantôt aux Institutes, et tantôt elle est enseignée dans un cours particulier.

§ 113. *De l'inconvénient de négliger les cours exégétiques.*

La méthode historico-dogmatique est, de nos jours, la plus en faveur, et on ne peut nier qu'elle ne soit la plus propre à l'enseignement du droit romain; cependant il est fâcheux que les leçons exégétiques sur les sources du droit romain deviennent de plus en plus rares, parce que la plupart des étudiants les regardent comme inutiles et superflues! C'est à cette négligence étonnante que l'on montre pour l'herméneutique et pour la méthode exégétique, que l'on doit attribuer cette indifférence toujours croissante pour l'étude des sources du droit; conséquence triste, mais naturelle; et il est à désirer que l'on fasse bientôt revivre la coutume de donner des cours exégétiques, au moins sur le texte des Institutes, et sur les meilleurs passages des autres parties du *Corpus juris*, ainsi que sur Ulpien, Gajus et les *Vaticana Fragmenta*. Aucuns cours, en effet, ne peuvent être plus propres, surtout si l'on y joint l'*herméneutique*, à introduire le commençant dans l'étude des sources du droit, et à lui faire faire des progrès sensibles. L'étude des sources est la seule, dans notre science, comme dans les autres, qui puisse vraiment former notre esprit, nous prémunir contre le défaut ridicule de jurer *in verba magistri*, et nous mettre en état de marcher de pied ferme, et d'être à nous-mêmes continuellement notre propre guide!

§ 114. *Bibliographie choisie du droit romain.*

Nous avons mentionné, dans le courant de cette *Introduction*, et notamment au chapitre V, les sources du droit romain qui nous sont parvenues. Il ne nous reste qu'à mentionner les meilleurs écrits anciens et modernes qui ont été publiés sur le droit romain.

I. OUVRAGES BIBLIOGRAPHIQUES.

Martinus Lipenius, *Bibliotheca realis juridica*. Francof. 1672, fol. post Frid. Glieb. Struvii et Gottlob. Aug. Jenichii curas multis accessionibus aucta. Tom. I et II. Lips. 1757, fol. Les suivants y ont ajouté des suppléments : 1° Frid. Aug. Schott, ibid. 1775, fol. — 2° Ren. Car. de Senckenberg, ibid. 1789, fol. — 3° Lud. Gottfr. Madihn, Vratislav. 1817-1820, fol.

Burc. Gotth. Struvius, *Bibliotheca juris selecta*. Jenæ, 1703. Ed. 8° cura Chr. Gottl. Buderi. Jenæ, 1758, 8°.

Camus, *Bibliothèque choisie des livres de droit*, précédée des *Lettres sur la profession d'avocat*. Paris, 1772, 1775; 4e éd. par Dupin. Paris, 1818. in-8°.

C. Chr. Westphal, *Systematische Anleitung zur Kenntniss der besten Bücher in der Rechtsgelehrtheit*, ou *Indication systématique pour connaître les meilleurs ouvrages de jurisprudence*, 3e éd. Leipz. 1791.

Heinr. J. Otto Kœnig, *Lehrb. der algem. jurist. Literatur*, ou *Manuel de la littérature universelle du droit*, 2e partie, Halle, 1785, in-8°.

J. S. Ersch, *Literatur der Jurisprudenz und Politik*, ou *Littérature de la Jurisprudence et de la politique*, nouvelle éd. par J. Ch. Koppe. Leipzig, 1823, in-8°.

F. W. Ulmenstein (baron d'), *Handbibliothek des Civilrechts*, ou *Bibliothèque du droit civil*. 3 vol. Berlin, 1819, 1821, 1823.

Cpr. aussi : Hugo, *Geschichte des RR. seit Justinian*, ou *Histoire du droit rom. depuis Justinien*. 3e éd. p. 58, 59.

II. OUVRAGES LEXICOGRAPHIQUES.

Barn. Brissonius, *De verborum, quæ ad jus civile pertinent, significatione*. Lud. 1559, fol. Publié ensuite plusieurs fois et en dernier lieu : cura J. Gottl. Heineccii et cum præf. Justi Henn. Bœhmeri Halæ. Magdeb. 1743, fol.

Jo. Wunderlich, *Addimentorum ad B. Brissonii opus de verborum significatione volumen*. Hamburg, 1778, fol.

[1] Hugo, *Encyclopédie*, 7e édition, p. 341-354. — Falck, *Encyclopédie*, 3e édition, § 91.]

Andr. Guil. Cramer, *Supplementi ad B. Brissonii opus de verborum significatione*, spec. I. Kiliæ, 1813.

R. Phil. Vicat, *Vocabularium juris utriusque*. Lausanuæ, 1759, 3 vol.—Neapoli, 1760, 4 vol.

Sur Brisson et ses commentateurs postérieurs, v. H. E. Dirksen, dans le *Rhein. Museum für Jurisprudenz*. 2e année, p. 82, et son *System der juristischen Lexicographie*. Leip. 1834, p. 30 et suiv.

H. E. Dirksen, *Spec. thesauri latinitatis fontium juris civilis Romanorum*. Lips. 1834.

Le même, *Manuale latinitatis fontium juris civilis Romanorum, thesauri latinitatis epitome*. Berol. 1837-1839.

III. OUVRAGES HERMÉNEUTIQUES.

Val. Guil. Forster, *Interpres, s. de interpretatione juris*. Viteb. 1613. Altenb. 1710; et in Ever. Ottonis *Thes. jur. rom.* t. II, p. 945-1068.

F. Rapolla, *De Jcto, sive de ratione discendi interpretandique juris civilis*. Neapoli, 1726; ed. 2a, ibid. 1766.

Chr. Henr. Eckhardt, *Hermeneutica juris*. Lips. 1750. 2e ed. cum notis Car. Frid. Walchii, 1779; ed. 3e, 1802.

Henr. Ge. Wittich, *Principia et subsidia hermeneuticæ juris*. Gœtt. 1799.

J. Gottfr. Sammet, *Hermeneutik des Rechts*, ou *Herméneutique du droit* publiée par Fréd. G. Born. Leipzig, 1801.

A. F. J. Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung des Ræm. Rechts*, ou *Théorie de l'exposition logique du droit romain*. Altona, 1799; 2e éd. 1806.

Walth. Fréd. Clossius, *Hermeneutik des Rœm. Rechts und Einleitung in das Corpus juris civilis im Grundrisse mit einer Chrestomatie von Quellen*, ou *Herméneutique du droit romain et Introduction au corps de droit civil, accompagnée d'une Chrestomathie de sources*. Riga et Dorpat, 1829.

IV. OUVRAGES EXÉGÉTIQUES.

A. *Sur tout le* Corpus juris.

A cette catégorie appartiennent la *Glossa Accursiana*, les notes de jurisconsultes postérieurs, surtout celles de Denys Godefroy sur le *Corpus juris*, ainsi que les ouvrages de Cujas qui renferment les remarques exégétiques les plus précieuses sur presque tous les passages difficiles du *Corpus juris*. Les éditions les plus complètes des écrits de Cujas sont les suivantes :

Jac. Cujacius, *Opera omnia*, cura Annibalis Fabroti. Parisiis, 1658, 10 vol.

Jac. Cujacius, *Opera omnia*, studio et diligentia Liborii Ranii. Neapoli, 1722-1727, 2 vol. fol.; ed. 2a, cura Dominici Albanensis. Ibid. 1757 ou 1758.

Jac. Cujacius, *Opera omnia*. Venet. et Mutin. 1758-1783. 2 vol. fol. (Cette édition n'est qu'une réimpression de celle de Naples, mais elle en diffère par la pagination.)

L'ouvrage suivant est indispensable à l'usage des écrits de Cujas :

Dominicus Albanensis, *Promptuarium universorum operum Jac. Cujacii*. 2 vol. fol. Il contient les renvois les plus exacts des explications de Cujas sur des passages isolés des sources de Justinien et autres. L'édition originale de cet ouvrage parut à Naples, en 1763, et ne se rapporte qu'aux deux éditions napolitaines des *Opera omnia*. Une réimpression du *Promptuaire* fut faite plus tard à Modène, en 1795, et coordonnée pour l'édition des *Opera omnia* de Venise et de Modène.

B. *Sur les diverses parties du* Corpus juris.

1. *Institutes*.

Fr. Balduinus, *Commentarius ad Instituta*, Paris. 1546, fol.—Ibid. 1554, fol.—Francof. ad Mœn. 1582, fol.

Jac. Cujacius, *Notæ priores et posteriores in Inst.* Colon. Agripp. 1592, et in *Opp.* ed. Ranii, t. I, p. 1.

Franc. Hotomanus, *Commentarius ad Institutiones*. Basil. 1560, fol. — Ibid. 1659. — Lugd. 1588, et in *Opp.* t. II, p. 1.

Janus a Costa, *Commentarius*. Paris. 1659, cum Theod. Marcilii et M. A. Mureti commentariis, cura J. Van de Water. Traj. ad Rhen. 1714. Ludg.-Bat. 1719 et 1744.

Herrm. Vultejus, *Commentarius*. Marburg. 1598. — Ibid. 1600; ibid. 1613.

Paul. Vœtius, *Commentarius in IV libros Institutionum*. 2 Partes. Ultrajecti, 1668.

Edm. Merillius, *Commentarius in IV* libros Institutionum, opera et studio Claudii Mongiu. Paris. 1654.

Arnoldus Vinnius, *Commentarius*. Amstel. 1642. Cet ouvrage a été souvent réimprimé; en dernier lieu : cura et cum notis Jo. Glieb. Heineccii. Lugd.-Bat. 1726. — Ibid. 1767.

Joachim. Hoppius, *Commentatio succincta ad Institutiones*. Francof. 1673. — Ibid. 1646.

Ever. Otto, *Commentarius et notæ criticæ ad Institutiones.* Traj. ad Rhen. 1729, cum præf. Chr. Fred. Harprechtii. Francof. et Lips. 1743, studio Joh. Iselini. Basil. 1760.

Imperatoris Justiniani Institutionum libri V commentario perpetuo instruxit Ed. Schrader. Berol. 1832.

2. *Pandectes.*

Odofredus, *Comment. in Dig.* Venet. 1480, fol. — Lugd. 1550, fol.

Guil. Budæus, *Annotationes in* XXIV *Pandectarum libros.* Paris, 1508, fol. Lugd. 1567.

Andr. Alciatus. *Comm. in varios titulos Digestorum;* in *Opp.* Lugd. 1560, t. I, II.

Eguin. Baro, *Commentat. ad τα πρῶτα. Digestorum.* Paris. 1548, fol. et in *Opp.* t. I, et *Ad varios titulos Digestor.* ibid. t. II, p. 49.

Franc. Duarenus, *Commentarii in varios Digestorum libros et titulos;* in *Opp.* ed. Francof. 1598, fol. p. 1-1026.

Jac. Cujacius, *Comment. in quosdam Pandect. titulos;* in *Opp.* ed. Ranii, t. I, p. 893. *Recitationes solemnes in Digesta;* in *Opp.* t. VII, VIII. *Notæ in Digesta;* in *Opp.* t. X, p. 382. *Recitationes solemnes ad nonnullos titulos Dig.;* in *Opp.* t. X, p. 1046.

Aug. Donellus, *Comment. in quosdam titulos Digestorum.* Antw. 1582, fol.; in *Opp.* t. X, XI.

Franc. Hotomanus, *Scholæ in LXX tit. Dig. et Cod.* In *Opp.* t. II, p. 1.

Hub. Giphanius, *Lecturæ Altorphinæ in varios titulos Dig. et Cod.* Francof. 1605.

Ant. Faber, *Rationalia in Pandectas* (ad libr. I-XIX). Tom. I, Genevæ, 1604. Ibid. 1619; tom. II-V, ibid. 1619-1626, fol. T. I-V, Lugd. 1659-1663, fol.

Idem, *Conjecturæ juris civilis.* Lugd. 1591-97. fol. Ed. noviss. Lugd.-Bat. 1718.

Jo. Brunnemann, *Comment. ad Pand.* Francof. ad Viadr. 1670, fol. cura Sam. Strykii, Viteberg. 1731, fol.

Ant. Mornacius, *Observ. in L libros Digest.* T. I et II, Paris. 1654-1660, fol. In *Opp.* t. I-IV, ibid. 1721, fol.

Janus a Costa, *Prælectiones ad illustriores quosdam titulos locaque selecta juris civilis;* edidit et notis illustravit B. Voorda. Lugd.-Bat. 1773.

Ant. Dadinus Alteserra, *Recitationes quotidianæ in Claudii Tryphonini libros XXI disputationum et varias partes Dig. et Cod.* 2 tom. Tolos. 1679-84.

3. *Code.*

Odofredus, *Lectura s. XII libr. Codicis.* Lugd. 1550, fol.

Azo, *Lecturæ s. Comment. ad sing. leges XII libr. Cod. Just.* Paris. 1577, fol.

Andr. Alciatus, *Adnotat. in tres posteriores libros Codicis; Commentar. in varios tit. Codicis;* in *Opp.* t. I, IV, V, Lugd. 1560.

Jo. Sichardus, *Prælectiones in Codicem.* T. I, II. Basil. 1565, fol. Francof. ad M. 1586; ibid. 1614, fol.

Jac. Cujacius, *Commen. in tres postremos libros Codicis;* in *Opp.* ed Ranii, t. II. *Recitationes solemnes in Codicem;* in *Opp.* t. IX. *Notæ in Cod.;* in *Opp.* t. X, p. 603-744. *Recitat. solemnes in libros IV priores Cod.;* in *Opp.* t. X, p. 813 seq.

Franc. Hotomanus, *Scholæ in LXX tit. Dig. et Cod.;* in *Opp.* t. II, p. 261.

Hug. Donnellus, *Comm. absolut. in II, III, IV, VI et VIII libr. Cod.* Francof. 1599, fol.; ibid. 1620, et in *Opp.* t. VII-IX.

Hub. Giphanius, *Explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis.* Col. Plancianæ, 1614. Basil. 1615. Francof. 1631.

Ant. Mornacius, *Observ. in libr. Cod. I, III, IV.* Paris. 1620, et in *Opp.* tom. I-IV.

Perez, *Prælectiones, in Codicem.* Col. Agripp. 1661, 2 tom. souvent réimprimés.

Jo. Brunnemann, *Comment. in XII libr. Cod.* Lips. 1679; ibid. 1699, fol.

Petr. et Franc. Pithæus, *Comment. ad Cod. Just. cura Franc. Desmarès.* Paris, 1689, fol.

Jo. Jac. Wissenbachius, *Comment. in libr. IV prior. Cod.* Franeq. 1660. *In libr. V, VI et VII;* ibid. 1664; ed. novi. ibid. 1701.

Cyprianus Regnerus ab Oosterga, *Comm. in omnes et singulas leges, quæ continentur in Codice.* Traj. ad Rhen. 1666.

Ant. Dadinus Alteserra. *Recitationes quotidianæ in varias partes Dig. et Cod.* T. I, II. Tolos. 1679-84.

4. *Novelles.*

Franc. Balduinus, *Breves comment. in præc. Just. Novellas sive Auth. Constit.* Lugd. 1548.

Jac. Cujacius, *Expositio novell. const. Just.;* in *Opp.* ed. Ranii, t. II, p. 1017 seq.

Joach. Stephanus, *Expositiones novellar. constit.* Francof. 1608.

Conr. Ritterhusius, *Jus justinianeum, h. e. Novellarum Justiniani expositio methodica.* Argent. 1615; ibid. 1629; ibid. 1669.

C. F. Hommelius, *Corpus juris civilis*, cum notis varior. Lips. 1768.

Ant. Schulting, *Notæ ad Dig.* cum animadvers. Nic. Smallenburgii. T. I-VI, t. VII, P. 1. Lugd.-Bat. 1804-1832.

Ces deux derniers ouvrages sont très-utiles à rechercher des explications de passages dispersés dans les ouvrages exégétiques.

V. HISTOIRE ET ANTIQUITÉS.

A. *Sur la Constitution et le Gouvernement de l'Etat romain.*

Paulus Manutius, *Antiquitates romanæ*. Ses traités particuliers : *de legibus, de senatu, de comitiis Romanorum*, et *de civitate romana*, se trouvent dans Jo. Ge. Grævius, *Thesaur. antiquit. romanar.* t. I, II.

Onuphrius Panvinius, *Reipublicæ romanæ commentariorum libri III*. Venet. 1558, et ensuite augmentés : Paris, 1588. Ses traités particuliers se trouvent également dans Grævius, *Thes.* t. I, III.

Franc. Hotomanus, *Antiquitatum romanarum libri V*. In Opp. t. III, p. 191-764. Grævius, *Thes.* t. II.

Car. Sigonius, *De antiquo jure populi romani libri XI*. La meilleure édition de cet ouvrage encore très-estimé aujourd'hui, se trouve dans les *Opera* de l'auteur. Mediolani, 1736, t. V.

Emman. Duni, *Origine et progressi del cittadino e del governo civile di Roma*. 2 tom. Rome, 1763-64. Traduit en allemand, par W. Eisendecher, sous le titre : *Enstehung, Entwicklung und Ausbildung des Bürgerrechts im alten Rom.* Hambourg, 1829.

L. de Beaufort, *La république romaine, ou plan général de l'ancien gouvernement de Rome*. 2 tomes; à La Haye. 1766; à Paris, 1767, 6 vol.; à La Haye, 1775.

Barth. Gl. Niebuhr, *Rœmische Geschichte*, ou *Histoire romaine*. 2 Parties. Berlin, 1811, 1812. La première partie a eu, en 1827, une 2ᵉ édition, et, en 1828, une 3ᵉ; la seconde partie a eu, en 1830, une seconde édition. Les traductions de l'ouvrage de Niebuhr sont : *The hystory of Rome*, by B. G. Niebuhr. Translated by Jul. Char. Hare and Connop Thirewall. Vol. I, Cambridge, 1828. (Voyez *Edinburgh Review*. July, 1830, p. 358.) — B. G. Niebuhr, *Histoire romaine*. Traduite de l'allemand sur la 3ᵉ édition par B. A. de Golbery. 1ʳᵉ liv. 2 vol. Paris, 1829, et réimprimée à Bruxelles, 1830. — La 3ᵉ partie de l'ouvrage a paru à Berlin en 1832, après la mort de l'auteur, avec une préface de J. Classen.

Chr. Ferd. Schulze, *Von den Volksversammlungen der Rœmer*, ou *Des assemblées du peuple chez les Romains*. Gotha, 1815.

Th. Max. Zachariæ, *Versuch einer Geschichte des Rœmischen Rechts*, ou *Essai d'une histoire du droit romain*. Leipsig, 1814.

C. Dietrich Hüllmann, *Staatsrecht des Alterthums*, ou *Le droit public de l'antiquité*. Cologne, 1820. Il a aussi écrit un ouvrage sur la constitution romaine, *Rœmische Grundverfassung*. Bonn, 1832.

C. A. Gründler, *Handbuch der Rœmischen Rechtsgeschichte*, ou *Manuel de l'histoire du droit romain*. Le premier volume contient l'histoire de l'Etat romain, sa constitution et son droit public. Bamberg, 1821. Le second volume s'occupera de l'histoire externe du droit.

J. Hopfensack, *Staatsrecht der Unterthanen der Rœmer*, ou *Droit public des sujets Romains*. Düsseldorf, 1829.

Bischoff, *Allg. Geschichte der Rœmer mit besonderer Rücksicht auf ihr Recht, Rœm. Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer*, ou *Histoire générale des Romains envisagée sous le rapport de leur droit, de l'histoire de leur droit, et des antiquités*. T. I, Leipzig, 1825.

Ch. L. Fr. Schultz, *Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswissenschaft der Rœmer*. Cologne, 1833.

B. *Histoire du droit romain.*

1. *Histoire externe.*

Aymarus Rivallius, *Historiæ juris civilis libri* V. Mogunt. 1527, et souvent réimprimé.

Jac. Gothofredus, *Manuale juris*. Cet ouvrage contient entre autres une courte histoire du droit. Les meilleures éditions sont : Lugd.-Bat. 1684. Genev. 1710. Paris, 1806.

Ge. Schubart. *De fatis jurisprudentiæ romanæ*. Jenæ, 1696. Edité ensuite par C. G. Tilling. Lips. 1797.

Ch. Gottfr. Hoffmann, *Historia juris romani*. Tom. I, Lips. 1718, 1734. Tom. II, Lips. 1726.

Jo. Sal. Brunquell, *Historia juris romano-germanici*. Jenæ, 1727. Amstel. et Lugd.-Bat. 1751.

Ant. Terrasson. *Histoire de la jurisprudence romaine*. Paris, 1750, fol.

Rud. Fr. Telgman, *Geschichte des Rœm. Rechts*, ou *Histoire du droit romain*. Salswedel, 1730. Augmentée et corrigée, Gœtt. 1736.

En dernier lieu publiée par H. Scheidemantel. Leipzig, 1780.

Jo. Gottl. Heineccius, *Historia juris civilis romani et germanici*. Halæ, 1733. Lugd.-Bat. 1740. Avec des notes de J. Ritter, ibid. 1748; avec ces dernières et celles de J. Silberrad, Argentor. 1751 et 1765.

J. Aug. Bach, *Historia jurisprudentiæ romanæ*. Lips. 1754. Avec remarques de Aug. Corn. Stockmann. 6e éd. Lips. 1806.

Chr. Gottl. Haubold, *Historia juris romani*, tabulis synopticis secundum Bachium illustrata. Lips. 1790. M. Jourdan a publié, en 1823, à Paris, une nouvelle édition de cet ouvrage avec des changements et des additions.

Théod. Max. Zachariæ, *Versuch einer Geschichte des Ræm. Rechts*, ou *Essai d'une histoire du droit romain*. Leipzig, 1814.

Chr. Dabelow, *Ræm. Staats-und Rechtsgeschichte im Grundrisse*, ou *Essai d'une histoire de la politique et du droit romain*. Halle, 1818.

Berriat-St.-Prix, *Histoire du droit romain*. Paris, 1821.

Wencesl. Alex. Macieiowski, *Historia juris romani*. Ed. 2a, Varsoviæ, 1825.

Warukœnig, *Histoire externe du droit romain*, à l'usage des élèves en droit. Bruxelles, Tarlier, 1836. L'auteur y donne, à la fin, les tableaux synoptiques de Haubold.

2. *Histoire interne et Antiquités.*

Joa. Gottl. Heineccius, *Antiquitatum romanarum jurisprudentiam illustrantium syntagma, secundum ordinem Institutionum digestum*. Halæ, 1719. Souvent réimprimé, ensuite à Louvain et à Franecker, 1777, par Herm. Cannegieter, et enfin par Chr. Gottl. Haubold, à Francfort-sur-Mein, 1822.

Jo. Henr. Ch. de Selchow, *Elemena antiquitatum juris romani publici et privati*. Gœtt. 1757. Augmenté sous le titre de *Elementa juris romani antejustinianei*. Gœtt. 1778.

Les ouvrages suivants peuvent encore servir comme *auxiliaires* à l'étude des antiquités du droit romain :

Sam. Pitiscus, *Lexicon antiquitatum romanarum*. 3 tom. Hagæ Comit. 1737.

Ge. Henr. Nieupoort, *Rituum qui olim apud Romanos obtinuerunt succincta explicatio*. Traj. ad Rhenum, 1712. Lugd.-Bat. 1802. Une traduction française a paru sous le titre : *Explication abrégée des coutumes et cérémonies observées chez les Romains*, par Desfontaines. Paris, 1750. *V.* aussi : C. G. Schwartz, *Observationes ad Nieupoortii compendium antiquitatum Romanarum*, cum præf. A. M. Nagel. Altorf., 1757.

G. C. Maternus de Cilano, *Ausführliche Abhandlung der Ræm. Alterthümer*, ou *Traité complet des antiquités romaines*, publié par C. C. Adler. 4 vol. Altona, 1775, 1776.

Adam, *Les antiquités romaines*. (Cet ouvrage est écrit en anglais.) Une traduction française en a été faite en 1818 et 1828, et une allemande, par Meyer. *Manuel des antiquités romaines*. Erlangen, 1797. Nouvelle édition, 1806.

Ge. Gust. Kœpke, *Antiquitates romanæ in XII tabulas descriptæ*. Berol. 1808.

G. D. Fuss, *Antiquitates romanæ*. Leodii, 1820; une nouvelle édition très-améliorée a paru en 1828.

Creuzer, *Abriss der Ræm. Antiquitæten*, ou *Abrégé des antiquités romaines*. Leipzig et Darmstadt, 1824 ; 2e édition, 1830.

Von Tigerstroem, *Die innere geschichte des ræmischen Rechts*. Berlin, 1838.

3. *Histoire externe et interne du droit.*

J. Vinc. Gravina, *Originum juris civilis libri III*. Le premier livre parut d'abord à Naples, en 1701, et à Leipzig, en 1704. L'ouvrage complet fut d'abord publié à Leipzig, en 1708. Augmenté ensuite, et accompagné d'une dissertation *De romano imperio*. Neap. 1713. Il fut souvent réimprimé, et en dernier lieu par Gottfr. Mascow. Lips. 1737 et par Jo. Ant. Sergius. Neap. 1756, 1758.

J. Fréd. Reitemeier, *Encyclopædie und Geschichte der Rechte in Deutschland*, ou *Encyclopédie et histoire des droits en Allemagne*. Gœtt. 1785.

Ed. Gibbon. *History of the decline and fall of the roman Empire*. Chap. 44.

Gust. Hugo, *Lehrb. der Geschichte des ræm. Rechts bis auf Justinian*, ou *Manuel de l'histoire du droit romain jusqu'à Justinien*. Berlin, en 1790, 1799, 1806, 1810, 1815, 1818, 1820, 1822, 1824, 1826, et enfin en 1832. Une traduction française de cet ouvrage a paru sous le titre : *Histoire du droit romain par Gust. Hugo*. Traduite de l'allemand sur la 7e édition, par Jourdan D. M. P. (docteur medicinæ parisiensis), revue par F. Poncelet, docteur en droit, professeur suppléant à la chaire d'histoire du droit en la faculté de Paris. (*V.* sur cette traduction Hugo, dans les *Gœtt. Gel. Anz.* ou *Journal savant de Gœttingue*, 1822, n° 78.) Le commencement d'une traduction latine a

paru à Amsterdam, chez den Hengst, revue et accompagnée de notes par L. A. Warnkœnig. *V.* à ce sujet, *Themis*, t. VII.

Fréd. A. Schilling. *Bemerkungen über Rœmische Rechtgeschichte*, ou *Remarques sur l'histoire du droit romain*. Cet ouvrage est une critique de celui de Hugo. Leipzig, 1829.

Gottl. Hufeland, *Lehrbuch der Geschichte und Encyclopædie aller in Deutschland geltenden positiven Rechte*, ou *Manuel de l'histoire et Encyclopédie de tous les droits positifs en vigueur en Allemagne*. La première partie contient l'introduction et l'histoire du droit romain. Jena, 1796. (Incomplet.)

Chr. Aug. Günther, *Historia juris romani*. Helmstad. 1798.

Albr. Hummel, *Handbuch der Rechtsgeschichte*, ou *Manuel de l'histoire du droit*. 3 vol. Giessen, 1805, 1806.

Dupin, *Précis historique du droit romain depuis Romulus*. Paris, 1821.

Albr. Schweppe, *Rœmische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer mit erster vollstændiger Rücksicht auf Gajus*, ou *Histoires et antiquités romaines*, mises en rapport avec Gajus, 1[re] éd. Gœtt. 1822 ; 2[e] éd. 1826 ; 3[e] éd. 1832.

Sigm. Guil. Zimmer, *Geschichte des Rœmischen Privatrechts bis Justinian*, ou *Histoire du droit civil romain jusqu'à Justinien*.

Cl. A. C. Klenze, *Grundriss zu Vorlesungen über die Geschichte des Rœmischen Rechts*, ou *Plan pour servir aux leçons du droit romain*, Berlin, 1827.

H. R. Stœckhardt, *Tafeln der Geschichte des Rœm. Rechts*, ou *Tables de l'histoire du droit romain*. Leipzig, 1828, fol.

Adr. C. Holtius, *Historiæ juris romani lineamenta*. Leodii, 1830.

B. Jennasch, *Tabellarische Uebersicht der Rœm. Rechtsgeschichte*, ou *Revue du droit romain en forme de tables*. Leipzig, 1831.

Walter, *Rœmische Rechtsgeschichte bis Justinian*, ou *Histoire du droit romain jusqu'à Justinien*. Bonn, 1840.

C. *Histoire du droit romain au moyen âge.*

Chr. Gottl. Haubold, *Institutiones juris romani literariæ*. t. I, Lips. 1809.

Gust. Hugo, *Lehrbuch der civilistischen Literaer Geschichte*, ou *Manuel de l'histoire littéraire civile*. Berlin, 1812. La 2[e] édition a paru sous le titre : *Lehrbuch der Geschichte des Rœm. Rechts seit Justinian*, ou *Manuel d'histoire romaine depuis Justinien*. Berlin, 1818 ; 3[e] éd. 1830.

Fréd. Ch. de Savigny, *Geschichte des Rœm. Rechts im Mittelalter*, ou *Histoire du droit romain au moyen âge*. 6 vol. Heidelberg, 1815, 1816, 1822, 1826, 1829, 1831. M. Genoux, à Paris, a publié avec succès la traduction française des deux premiers volumes. Le commencement d'une traduction anglaise a aussi paru sous le titre : *The history of the Roman law during the middle ages*. Translated from the original german of Carl von Savigny, by E. Cathcart, vol. 1, Edimburgh, 1829.

E. Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*. Paris, 1829.

D. *Collections de dissertations d'antiquités et d'histoire du droit.*

1. *Du même auteur.*

B. Brissonius, *Selectarum ex jure civili antiquitatum libri IV*. Lugduni, 1558. Antw. 1585 ; souvent réimprimé, surtout : *cum accessionibus posthumis in Brissonii oper. var.* Paris, 1606, et *cum annotat.* Alb. D. Trekelli. Lips. 1741.

Phil. Rich. Schrœder, *Origines præcipuarum jur. civ. materiarum*. Regiom. 1725.

Franc. Car. Conradus, *Parerga in quibus antiquitates et historia juris illustrantur*. Helmstad. 1740.

Jos. Tosc. Mordatoritius, *Juris publici romani arcana sive de causis romani juris*. 4 t. en 6 vol. Neap. 1767-82.

2. *D'auteurs différents.*

Jo. Ge. Grævius, *Thesaurus antiquitatum romanarum*. t. 1-12, Traj. ad Rhen. 1794-99, fol.

Alb. Henr. de Sallengre, *Novus thesaurus antiquitat. rom.* t. 1-3, Hag. Com. 1716-19, fol.

Jo. Polenus, *Utriusque thesauri antiquitatum romanarum græcarumque nova supplementa*. Vol. 1-5. Venet. 1738, fol.

Jurisprudentia romana et attica. Ed. Jo. Van der Linden, t. I, II (droit romain) cum præf. Jo. Gottl. Heineccii ; t. III (droit attique), cum præf. Petr. Wesselingii. Lugd.-Bat. 1738-1741, fol.

Dan. Fellenberg, *Jurisprudentia antiqua*, t. I, II. Bern. 1760, 1761. Ensuite, sous le titre : *Philosophia juris antiqui*. Fref. et Lips. 1776.

Gust. Hugo, *Civilistiches Magazin*, ou *Magasin civil*, t. I. Berlin, 1790 et années sui-

vantes ; en 1832 le 3e cahier du 6e vol. a paru.

Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, ou *Journal pour la jurisprudence historique*, publié par von Savigny, Eichhorn et Gœschen. Cette publication continue. En 1832, le 1er cahier du 8e volume a paru, et en 1840, le 2e cahier du 10e volume.

Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und Philosophie, ou *Musée rhénan pour jurisprudence, philologie, histoire et philosophie*, publié par Hasse, Bœckh, Niebuhr et Brandis. 1re année, Bonn, 1827. MM. Blume, Hasse, Puchta et Puggé publièrent ensuite séparément la partie de Jurisprudence. La 4e année a paru en 1830. Aujourd'hui, ce recueil porte le titre ; *Neues rheinisches Museum für Jurisprudenz*, ou *Nouveau Musée rhénan pour jurisprudence*, continué par Blume, Bœcking, Hollweg, Puchta, Puggé et Unterholzner. Goet. 1832.

VI. OUVRAGES DOGMATIQUES.

A. *Manuels.*

1. *Sur les Institutes,*

a. *D'après l'ordr elégal.*

Jo. Fred. Bœckelmann, *Compendium Institutionum sive elementa juris civilis*. Lugd.-Bat. 1679 ; cum præf. Heineccii. Amstel. 1727. Ibid. 1765.

Jo. Ortw. Westenberg, *Principia juris secundum ordinem Institutionum Justiniani*. Amstel. 1699. Souvent réimprimé, et en dernier lieu : Lugd.-Bat. 1766. (In *Opp.* Hanoverae et Luneb. 1746, t. I, p. 1.)

Jo. Gottl. Heineccius, *Elementa juris civilis sec. ord. Institutionum*. Amstelodami, 1725. Lugd.-Bat. 1751 ; cum observ. J. G. Estoris, 1727, 1744. Ce traité a été plus tard l'objet des travaux d'autres jurisconsultes, notamment de J. F. Hœpfner, Gœtt. 1778, 1782, 1787, 1706, 1806. J. Chr. Waltær, Halle, 1785. Chr. Gottl. Biener, Leipz. 1789, 1813. J. P. Waldeck, Gœtt. 1788, 1794, 1800, 1806.

G. D. Arnold, *Elementa juris civilis Justinianei cum codice Napoleonee juxta ordinem Institutionum collati*. Parisiis et Argentorati, 1812. Cet ouvrage n'est, quant au droit romain, qu'un travail sur Heineccius.

C. S. Delvincourt, *Juris romani elementa sec. ord. Institutionum*. Paris, 1814, 4e éd. 1823.

Th. M. Zachariæ, *Institutionen des Rœm. Rechts nach der Ordnung der Justin. Institutionen*, ou *Institutes du droit romain d'après l'ordre de Justinien*. Breslau, 1816.

b. *D'après un ordre systématique.*

Ge. Ad. Struvius, *Jurisp. roman.-germanica*. Jenæ, 1670. Souvent réimprimé, et en dernier lieu avec remarques, par Schaumburg et Luder. Mencken. Francof. ad M. 1760, et eura Jo. Gottl. Heineccii. Bamb. 1767.

Car. Chr. Hofacker, *Institutiones juris romani meth. system. adornatæ*. Gœtt. 1773, ainsi que ses *Elementa jur. rom.* Ibid. 1784.

Gust. Hugo, *Institutionen des heutigen Rœm. Rechts*, ou *Institutes du droit romain moderne*. Gœtt. 1789, 1799, 1805, 1810, 1816, 1820, 1826.

Théod. Schmalz, *Handbuch des Rœm. Privatrechts*, ou *Manuel du droit civil romain*, destiné aux leçons sur les Institutes de Justinien. Kœnigsberg, 1793.

C. G. Konopack, *Institutionen des Rœm. Rechts*, ou *Institutes du droit romain*, Halle, 1807 ; 2e éd. 1825.

Henr. Rud. Brinckmann, *Institutiones juris romani*. Gœttingæ, 1818 ; ed. secunda, Slesvici, 1822.

L. A. Warnkœnig, *Institutiones s. Elementa juris romani*. Leodii et Lips. 1819 ; secunda ed. 1825 ; tertia, ed. Bonnæ, sumptibus A. Marcus, 1834. — Cet ouvrage a été traduit en français, sous le titre de : *Éléments de droit romain privé*, par un avocat. Paris, 1826.

Wencesl. Alex. Macieiowski, *Principia juris romani*. Varsoviæ, 1820.

C. F. Rosschirt, *Grundlinien des Rœm. Rechts*, ou *Principes fondamentaux du droit romain*. Heidelberg, 1824.

Ge. Fréd. Puchta, *Lehrbuch für Institutionen-Verlesungen*, ou *Manuel d'un cours d'Institutes*. Munich, 1829.

Joh. Jac. Lang, *Lehrbuch des Justinianeischen Rœm. Rechts*, ou *Manuel du droit romain de Justinien*. Mayence, 1830.

H. Blondeau, *Chrestomathie*, ou *Choix de textes pour un cours élémentaire de droit privé des Romains*. Paris, 1830.

Les ouvrages suivants contiennent des plans de cours d'Institutes ;

Chr. Gottl. Haubold, *Institutionum juris romani historico-dogmaticarum lineamenta observationibus maxime literariis distincta*. Lips. 1814. Du même : *Institutionum juris romani histor. dogmat. denuo recognitar. epitome novæ editionis prodromus*. Lips. 1821. C. Ed. Otto

a publié, en 1816, après la mort de l'auteur, une seconde édition des *Lineamenta*.

Ge. Chr. Burchardi, *Entwurf eines Systems des Rœm. Justin. Rechts zum Behuf von Institutionen-Vorlesungen*, ou *Plan d'un système de droit romain de Justinien, pour servir aux leçons d'Institutes*. Boon, 1818.

L. Pernice, *Geschichte, Alterthümer und Institutionen des Rœm. Rechts*, ou *Histoire, Antiquités et Institutes du droit romain*. Halle, 1821; 2ᵉ éd. revue et augmentée d'une chrestomathie de passages à l'appui, ibid. 1824.

W. M. Rossberger, *Historisch dogmatische Darstellung der Rœm. Rechts-Institutionen*, ou *Exposition historico-dogmatique des Institutes du droit romain*. Berlin, 1828.

M. S. Mayer, *Das Rœm. Privatrecht nach seinen allg. Grundsætzen dargestellt und erlæutert an der Hand der Geschichte und Alterthümer, im Grundrisse*, ou *Le droit civil romain, d'après ses principes généraux, exposé et expliqué à l'aide de l'histoire et des antiquités*. Stuttgardt, 1831.

Ed. Bœcking, *Grundriss zu Institutionen-Vorlesungen*, ou *Plan d'un cours d'Institutes*. Bonn, 1832.

Ge. Chr. Burchardi, *Geschichte und Institutionen des Rœm. Rechts*, ou *Histoire et Institutes du droit romain*. Kiel et Altona, 1834.

Fr. Ad. Schilling, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Rœm. Privatrechts*, ou *Manuel d'Institutes et d'histoire du droit civil romain*. Leipzig, 1837.

Marezoll, *Lehrbuch der Institutionen des Rœm. Rechts*. Leip. 1842.

Bœcking, *Institutionen*. Bonn, 1841.

Hæuvel, *Handbuch der Institutionen des Rechts*. Leip. 1842.

Mühlenbruch, *Lehrbuch der Institutionen des Rœm. Rechts*. Halle, 1842.

2. *Sur les Pandectes.*

a. *D'après leur ordre légal.*

Just. Henn. Bœhmer, *Introductio in jus Digestorum*. Halæ, 1704; ed. noviss. (14), ibid. 1791.

G. Beyer, *Delineatio juris civilis secundum Pandectas*. Lips. 1704, 1711, 1718; ed. noviss. ibid. 1738.

Jo. Ortw. Westenberg. *Principia juris secundum ord. Digestorum*. Harderov. 1712, Lugd.-Bat. 1732; ibid. 1745; ibid. 1764. *In Opp.* t. II. En dernier lieu, à Berlin, 1814 et 1823, 2 tom. in-8°.

Jo. Gottl. Heineccius, *Elementa juris civilis secundum ord. Pandectarum*. Amstel. 1728; ib. 1731, Argentor. 1734, Amstel. 1740. Traj. ad Rhen. 1772. Cura Chr. Gottl. Richteri, Lips. 1797.

J. Aug. Hellfeld, *Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem*. Jenæ, 1764, 1766, 1771, 1775, 1779; cura Gottl. E. Oelze, ibid. 1787, 1792, 1797; cura Chr. Gottl. Kœchy, ibid. 1801, et en dernier lieu : cura Lud. Car. ab Hellfeld. Jenæ, 1806.

Jul. Fred. Malblanc, *Principia juris romani sec. ord. Digestorum*. P. I. Tubing. 1801. P. II, sec. 1, 2. Tubing. 1802.

M. Wesenbeck, *Paratitla in Pandectas*. Basil. 1565, fol. Plus tard, sous le titre : *Commentarius in Pandectas*, cura Detr. Brederodii, ib. 1589, et Erford. 1616, fol. et surtout ; cum notis Bachov, Echtii et Arn. Vinnii. Lugd.-Bat. 1649. Cet ouvrage a encore paru souvent avec des remarques d'autres auteurs.

J. Voet, *Compendium juris juxta seriem Pandectarum*. Lugd.-Bat. 1682; en dernier lieu 1737 et Colon. 1734.

b. *D'après un ordre systématique.*

Chr. Dabelow, *System des heutigen Civilrechts*, ou *Système du droit civil moderne*, 2 parties. Halle, 1794; 2ᵉ éd. 1796, 3ᵉ éd. sous le titre : *Handbuch des heutigen gemeinen Rœmisch-deutschen Privatrechts*, ou *Manuel du droit civil romano-germain moderne*. Halle, 1803.

Ant. Fred. Just. Thibaut, *System des Pandektenrechts*, ou *Système des Pandectes*. Jena, 1803, 2 parties. La 7ᵉ éd. a paru en 1828.

J. Th. Zauner, *Introductio in jus Digestorum ordine naturali dispos.* P. I. Salisb. 1805. P. II, 1806. P. III, 1810.

Chr. Aug. Günther, *Principia juris romani privati novissimi*. t. I, 1805; t. II, ibid. 1809.

Henri G. Wittich, *Einfaches System des heutigen Civilrechts*, ou *Système du droit civil moderne*, 3 vol. Francf.-sur-M., 1805.

Jo. Chr. F. Meister, *Jus romanum idque purum*, vol. 1. Züllich, 1813. (Incomplet.)

Gottl. Hufeland, *Manuel du droit civil en vigueur en Allemagne*. P. I. Giessen, 1808. P. II, ibid. 1814.

C. Fr. F. Bucher, *System der Pandecten*, ou *Système des Pandectes*. Marb. 1808. 2ᵉ éd, Halle, 1811; 3ᵉ éd. ib. 1822.

C. De Weyhe, *Wissenschaftliche Bearbeitung des allgemeinen deutschen Privatrechts*, ou *Traité scientifique du droit civil allemand*.

Gœtt. 1815. Cet ouvrage ne contient que les matières générales du droit privé.

G. Hoffmann, *Anfangsgründe des Rœmischen Privatrechts*, ou *Principes du droit romain*. 4 vol. Vienne et Trieste, 1814-1816.

Albr. Schweppe, *Das Rœmische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung*, ou *Le droit civil romain dans son application de nos jours*. Cet ouvrage a eu un grand nombre d'éditions depuis 1804 à 1832.

J. N. von Weining-Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts*, ou *Manuel du droit civil commun*. 2 vol. Munich, 1822; 2e éd. 1825; 3e, 1827; 4e, 1832 en 3 vol.

J. Ad. Seuffert, *Manuel du droit des Pandectes*, 3 vol. Wurtzbourg, 1825.

Chr. Fred. Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, 3 vol. Halæ, 1823-25. Ed. secunda, ibid. 1827. Ed. tertia, ibid., 1830-31. Il a paru, en 1834, une 4e édition, en allemand.

L. A. Warnkœnig, *Commentarii juris romani privati*, 3 tom. Leodii, 1825-29.

C. J. Meno. Valett, *Lehrbuch des praktischen Pandektenrechts*, ou *Manuel du droit pratique des Pandectes*. 3 vol. Gœtt., 1828-29.

A. Haimberger, *Jus romanum privatum idque purum*. 4 vol. Leopoli, 1830.

Les ouvrages suivants ne contiennent que des plans pour les cours de Pandectes.

Arn. Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts*, ou *Plan d'un système du droit civil commun*. Heidelb. 1807, 1816, 1819, 1825.

Fred. Bergmann, *Abriss eines Systems der Pandekten*, ou *Esquisse d'un système de Pandectes*. Gœtt. 1810.

K. A. D. Unterholzner, *Entwurf zu einem Lehrgebæude des bei den Rœmern geltenden bürgerlichen Rechts*, ou *Projet d'un traité du droit romain en vigueur aujourd'hui en Allemagne*. Breslau, 1817.

Chr. Gottl. Hanbold, *Doctrinæ Pandectarum lineamenta*. Lips. 1820.

G. Chr. Burchardi, *System des Rœm. Rechts im Grundriss*, ou *Système du droit romain*, en plan. Bonn, 1823.

W. M. Roosberger, *System des gemeinen Civilrechts*, ou *Système du droit civil commun*. Berlin, 1826.

Ed. Gans, *System des Rœm. Civilrechts*, ou *Système du droit civil romain*. Berlin, 1827.

F. Blume, *Grundriss des Pandektenrechts*, ou *Plan des Pandectes*. Halle, 1829.

A. K. von Hartitzsch, *Das Rœm. Privatrecht in ausführlicher tabellarischer Darstellung*, ou *Le droit civil romain*, exposé en tableaux. Leipzig, 1831.

J. F. L. Gœschen, *Grundriss zu Pandekten-Vorlesungen*, ou *Plan d'un cours de Pandectes*. Gœttingue, 1831.

A. Bethmann-Hollweg, *Grundriss zu Pandekten-Vorlesungen*, ou *Plan d'un cours de Pandectes* (à l'exception des successions). Bonn, 1831.

G. Fr. Puchta, *System des gemeinen Civilrechts*, ou *Système du droit civil commun*. Munich, 1832. Cet ouvrage est intitulé aujourd'hui : *Pandecten Lehrbuch*, 1838.

Von Savigny, *System des heutigen Rœm. Rechts*, 1841, 5 vol.

B. *Traités et Commentaires.*

1. *Sur les Institutes.*

Theophilus, *Paraphrasis græca Institutionum*. Ed. J. C. Reitz. Hag. Com. 1751, 2 tom.

Ulr. Huberus, *Prælectiones juris civilis secund. Institutiones*. Franek. 1686, 1699; ex ed. Chr. Thomasii, Lips. 1708; cum notis Luderi Menckenii, Lips. 1725.

Jo. Gottl. Heineccius, *Recitationes in elementa juris civilis, sec. ord. Institutionum*. Vratislav. 1765, 1778. Souvent réimprimé, et publié en dernier lieu, par P. de Ryckere. Gand, 1818.

L. G. Fréd. Hœpfner, *Theoretisch-praktischer Commentar über die hienecciscben Institutionen*, ou *Commentaire théorique et pratique sur les Institutes de Heineccius*. La 8e éd. a paru en 1815.

M. A. Du Caurroy de la Croix, *Institutes de Justinien nouvellement expliquées*. 3 vol. Paris, 1822-25, 3e éd. Paris, 1829. Réimprimées à Bruxelles, par Tarlier, 1832, 1 vol.

2. *Sur les Pandectes.*

a. *D'après leur ordre légal.*

Matthæus Wesenbecius, *Paratitla in Pandectas*. Basil. 1565, fol. Plus tard, sous ce titre : *Commentarius in Pandectas*, cura Petr. Brederodii, ibid. 1589, fol., et surtout : cum notis Bachovii Echtii et Arnoldi Vinnii. Lugd.-Bat. 1649.

Just. Meier, *Collegium argentoratense;* Argentor. 1616, 1617; cum notis Jo. Ott. Taboris, studio Jo. Bechtoldi, t. I-III. Argentor. 1657.

Ulr. Huberus, *Prælectiones juris civilis secundum Pandectas*. Franck. 1686, 1699, ex

ed. Chr. Thomasii, Lips. 1725 et ex rec. A. J. Rivini, ibid. 1733. Ex noviss. Francof. et Lips. 1749.

Ge. Ad. Struvius, *Syntagma juris civilis*, cum addit. Petr. Mülleri. 3 vol. Francof. et Lips. 1692. Souvent réimprimé; en dernier lieu, 1742.

Wolfg. Ad. Lauterbach, *Collegium theoretico-practicum ad Pandectas*, t. I-III. Tubing. 1690.

Jo. Voet, *Commentarius ad Pandectas*, t. I. Lugd.-Bat. 1697, fol.; t. II, Hagæ Comit. 1704, fol. Ibid. 1707, 1716, 1723, 1731, 1734, et plus souvent. En dernier lieu : Halæ, 1776-1780, en 6 volumes.

Ger. Noodt, *Commentarius in Pandectarum lib.* I-IV. Lugd.-Bat. 1716; in *lib.* V-XXVII. in *Opp.* t. II. Lugd.-Bat. 1724.

Ch. Fréd. Glück, *Ausführliche Erlæuterung der Pandekten nach Hellfeld*, ou *Explication raisonnée des Pandectes*, d'après Hellfeld; 34 parties, qui vont jusqu'au livre XXVIII, tit. I. Erlangen, 1790-1830. Il y a 3 parties de tables à ces 34 parties du commentaire. Ibid. 1822, 1823, 1832. Continué après la mort de l'auteur par Mühlenbruch. Parties 35-42. Ibid. 1832-1841.

b. *D'après un ordre systématique.*

Franc. Connanus, *Commentariorum juris civilis lib.* X, t. I-II. Paris, 1553, fol. Ed. noviss. Neopoli, 1724.

Ang. Donellus, *Commentariorum juris civilis libri* XXIII, t. I-VI. Francof. 1589-1597. Hannov. 1612. Francof. 1626, fol. Ed. noviss. cura Jo. Chph. Kœnig et Car. Bucheri, Norimberg. 1801-1830. 43 volumes ont paru.

Jo. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*. Paris, 1689, 1695, 1713, 1723, 1745, 1756, 1767, 1777, 2 tom. fol.

Car. Hofacker, *Principia juris civilis romano-germanici*, t. I-III.

c. *Monographie.*

Les écrits qui ne concernent que des parties séparées du droit romain, sont indiqués chaque fois aux matières auxquelles ils ont rapport.

d. *Controverses.*

Ant. Merenda, *Controversiarum juris civilis libri* XXIV. Ticini, 1624-1647. 4 tom. fol. Venet. 1710; Bruxell. 1745.

Sam. de Coccejus, *Jus civile controversum*. Francof. ad Viadr. 1729. Ed. nov. cum præf. C. F. Walch et cum notis J. E. B. Emmingbaus. Lips. 1791-1798. 2 tom.

Car. Frid. Walch, *Introductio in controversias juris civilis*. Jenæ, 1771; ibid. 1776; ibid. 1791. Ed. quarta cur. C. E. Schmid, t. I, fasc. 1 et 2; ibid. 1810.

e. *Écrits sur l'usage qu'on fait aujourd'hui du droit romain, et de son application à des cas particuliers.*

Jo. Schilterus, *Exercitationes ad quinquaginta libros Digestorum*. Jenæ, 1675-1680. Plus tard, sous le titre : *Praxis juris romani in foro germanico*. Jenæ, 1698. Lipsiæ, 1713. Francof. 1733, in-fol.

Jo. Henr. de Berger, *OEconomia juris ad usum hodiernum accommodati*. Lips. 1712. Ed. sexta cura Jo. Aug. Bachii, ibid. 1755. Ed. 7ª cura Car. G. Fr. de Winkler, ibid. 1771. Ed. 8ª cura Chr. Gottl. Haubold, t. I, ibid. 1801. Jusqu'ici le Ier volume seulement de cette dernière édition a paru.

Sam. Strykius, *Usus modernus Pandectarum*, t. I-IV, ed quinta. Halæ, 1717.

Just. Henn. Bœhmer, *Exercitationes ad Pandectas*, cura Ge. Lud. Bœhmeri, t. I-VI. Hannov. et Gœtt. 1745-1764.

Dav. Mevius, *Decisiones Wismariensis tribunalis*. P. I-IX. Stralsund, 1664-75, et sæpius. Cum praef. J. H. Bœhmeri, Francof. 1740, fol. ed. noviss. cura Lud. Fr. Hœpfneri. t. I, II, Francof. ad. M. 1791-94, fol.

Augustinus a Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, vol. I-IX. Lips. et Guelpherb. 1717 seq.

Jo. Ern. Just. Müller, *Observationes practicæ ad Leyseri meditationum opus*. Tom. I-VI. Lips. 1786-93.

Jo. Balth. a Wernher, *Selectæ observat. forenses*. P. I-IV cum suppl. Viteb. 1710-1722; t. I-III, Jenæ et Lips. 1756, fol.

Frid. Es. a Pufendorf, *Observat. jur. universi*, t. I-IV. Cellis et Hannov. 1744-1770; ibid. 1780-84. Idem, *Animadversiones juris*, t. I. Hannov. 1783.

C. F. Hommelius, *Rapsodia quæstionum in foro obvenientium*. Lips. 1765-66. Ed. noviss. cura Car. Gottl. Rœssig, t. I-VII. Byruthi, 1781-87.

Jo. Ad. Gottl. Kind, *Quæstiones forenses*, t. I-IV. Lips. 1792-1802. Ed. secunda, aucta et emend. idid. 1807.

J. B. Geiger et Ch. Fr. Glück, *Merkwürdige Rechtsfælle*, ou *Questions de droit remarquables*, 3 vol. Erlangen, 1792, 1794, 1806.

Von Bulow et Hagemann, *Prakt. Erærterungen*, ou *Décisions pratiques*, parties 1-4. Hannov. 1798-1804. Continué par Hagemann, p. 5-7, ibid. 1809. Ensuite, par E. Spangenberg, p. 8. sect. 1, 2, ibid. 1829.

Chr. A. Gunther, *Rechtl. Bemerkungen*, ou *Remarques de droit*. P. I. Helmstadt, 1802.

B. W. Pfeiffer. *Prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft*, ou *Développements pratiques de toutes les parties de la jurisprudence*, t. I. Hannov. 1825; t. II, ibid. 1828; t. III, ibid. 1831.

C. A. Gottschalk, *Selecta disceptat. forens. capita; additæ sunt decisiones sax. supremi provoc. tribunalis*. 3 tom. Dresdæ, 1816, 1819, 1825. Ed. secunda, ibid. 1826-30.

Fr. Alb. V. Langenn et Aug. Siegm. Kori, *Erœrtrungen aus dem gemeinen und sæch. Rechte*, ou *Décision du droit commun et saxon*. P. I. Dresde et Leipzig, 1829, 1831.

Arn. Heise et E. Cropp, *Juristische Abhandlungen*, ou *Dissertations de droit*, t. I, Hambourg, 1827; t. II, ibid. 1830.

P. L. Kritz, *Sammlung von Rechtsfællen und Entscheidungen derselben*, ou *Collection de questions de droit et décisions*. t. I, Leipzig, 1833.

f. Collections de dissertations sur des parties spéciales du droit civil romain et allemand.

1. *Du même auteur.*

Ant. Faber, *De erroribus pragmaticorum et interpretum juris Chilias*, P. I et II, Lugd. 1598-1604; P. III, Colon. Allobr. 1609; P. IV, Lugd. 1615; ed. noviss. Lugd. 1652, II tom.

Arn. Vinnius, *Selectæ quæstiones juris civilis*. Lugd. 1653, et souvent, ibid. Ed. noviss. Traj. ad. Rhen. 1722.

Aug. Menagius, *Amœnitates juris civilis*. Paris. 1664; augm. 1677.

Ulr. Huber, *Digressiones justinianeæ*. Ed. tertia ex recens. Zach. Huberi. Franeq. 1696.

Wolfg. Ad. Lauterbach, *Dissertat. academicæ*, t. I-IV. Tübing. 1728.

Jo. Nic. Hert, *Opuscula*, ed. Jo. Jac. Hombergk, 2 vol. Francof. ad M. 1737.

Henr. de Coccejus, *Exercitationes curiosæ*. 2 vol. Lemgov. 1722.

Jo. Pet. de Ludewig, *Opuscula miscella*. T. I, II. Halæ, 1720. fol.

Greg. Majansius, *Disputationes juris*. T. I, II. Lugd.-Bat. 1752.

Ant. Schulting, *Commentationes academicæ*. Ed. Jo. Ludov. Uhlius. Vol. I-IV. Halæ, 1770-74.

Franc. Car. Conradus, *Scripta minora cum præf. et singular. commentat. epicrisi*, ed. Lud. Pernice. Vol. I, Halæ, 1823.

Jo. Lud. Conradus, *Varia ex jure civili*. Marb. 1764. Idem, *Opuscula e jure civili*. Vol. I, Bremæ, 1777; vol. II, ibid. 1778.

Go. Gottfr. Bauer, *Opuscula academica*. T. I, II. Lips. 1787.

Ch. Frid. Ge. Meister, *Opuscula selecta*. Gœtt. 1766-1775.

Ge. Lud. Bœhmer, *Electa juris civilis*. T. I-III. Gœtt. 1769-1778.

Jo. Lud. Ern. Püttmann, *Adversaria juris*. Lib. I-III. Lips. 1775-1788.

Chr. Frid. Glück, *Opuscula juridica*. T. I-IV. Erlang. 1785-90.

C. H. G. Kœchy, *Meditationen über Gegenstænde der heutigen Civilrechtsgelahrtheit*, ou *Méditations sur des matières de la science du droit civil moderne*. Leipzig, 1795.

G. Chr. Quistorp, *Beitr. zur Erlæut. versch. Rechtsmaterien*, ou *Examens de diverses matières de droit*. Rostok. 1787.

Le même, *Rechtl. Bemerkungen*, ou *Remarques de droit*. Leipzig, 1793.

Ad. Diet. Weber, *Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung*, ou *Essais sur le droit civil et son application*. Schwerin et Wismar, 1801.

Ant. Fréd. Just. Thibaut, *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, ou *Essais sur diverses parties de la théorie du droit*. 2 parties. Jena, 1798-1801. 2ᵉ éd. ibid. 1817. — Le même, *Dissertations civiles*. Heidelb. 1814.

P. J. A. Feuerbach, *Civilist. Versuche*, ou *Essais civils*. Giessen, 1808.

B. W. Pfeiffer, *Vermischte Aufsætze über Gegenstænde des deutschen und rœmischen Privatrechts*, ou *Dissertations sur des matières du droit civil allemand et romain*. Marbourg, 1803.

Fr. Schœman, *Handbuch des Civilrechts, in einzelnen Abhandlungen*, ou *Manuel du droit civil*, dans des dissertations séparées. 2 parties, Giessen, 1806.

Ed. Schrader, *Abh. aus dem Civilrecht*, ou *Dissertations du droit civil*. Hanovre, 1808. Le même, *Civilist. Abhandl.* ou *Diss. civiles*. Weimar, 1816.

Gottl. Hufeland, *Ueber den eigenthümlichen Geist des rœmischen Rechts*, ou *Sur l'esprit propre du droit romain*; une série de diss. 2 parties. Giessen, 1815-1817.

Chrph. Chr. Dabelow, *Handbuch des Pandektenrechts*, ou *Manuel des Pandectes*, dans une revue critique de ses principales branches. Halle, 1816-1818. 3 parties.

C. A. D. Unterholzner, *Jurist. Abhandlungen*, ou *Diss. de droit*. Munich, 1810.

G. Ph. von Bulow, *Abhandlungen über einzelene Materien des ræmischen bürgerlichen Rechts*, ou *Diss. sur des matières isolées du droit civil romain*. 2 parties. Brunswiek, 1818.

E. Kæmmerer, *Beitræge zur Geschichte und Theorie des Ræm. Rechts*, ou *Traités pour servir à l'histoire et à la théorie du droit romain*. T. I. Rostock et Schwerin. 1817.

Albr. Sehweppe, *Jurist. Magazin*, ou *Magasin juridique*. 1er cahier, Altona, 1818.

T. C. Gesterding, *Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten*, ou *Erreurs anciennes et nouvelles des jurisconsultes*. Greifswald, 1818.

C. F. Reinhardt, *Vermischte Aufsætze aus dem Gebiete der reinen und angewandten Rechtswissenschaft*, ou *Diss. mêlées du domaine de la jurisprudence pratique*. Cah. 1-3. Stuttgardt, 1822-1827.

Jo. Ad. Seuffert, *Erœrterungen einzelner Lehren des ræm. Privatrechts*, ou *Explications sur certaines matières du droit civil romain*, 2 parties. Würtzbourg, 1820-21.

H. E. Dirksen, *Civilistische Abhandlungen*, ou *Dissertations civiles*. Berlin, 1820. 2 vol. Le même, *Beitræge zur Kunde des Ræm. Rechts*, ou *Traités pour servir aux recherches sur le droit romain*. Leipzig, 1825.

L. J. Neustetel et S. Zimmern, *Ræmischrechtliche Untersuchungen*, ou *Recherches sur le droit romain*. T. I, Heidelberg, 1821.

Ge. Fr. Puchta, *Civilische Abhandlungen*, ou *Dissertat. civiles*. Leipzig et Berlin, 1823.

P. L. Kritz, *Abhandlungen ueber ausgewæhlte Materien des Civilrechts*, ou *Diss. sur des matières choisies du droit civil*. Leipzig, 1824.

G. J. Meno. Valett, *Abhandlungen aus dem Gebiete des ræm. Privatrechts*, ou *Diss. du domaine du droit civil romain*. T. I. Gœtt. 1824.

Chr. Gottl. Haubold, *Opuscula academica*. Vol. I. ed. C. F. Wenek. Lips. 1825; vol. II. ed. Frid. Stieber, Lips. 1829.

Chr. G. Biener, *Opuscula academica*, edid. et præfatus est Frid. A. Biener. 2 vol. Lips. 1830.

W. Francke, C. H. Weiske, C. J. Guyet, Ph. E. Huschke ont écrit des dissertations.

2. *D'auteurs différents.*

Tractatus universi juris, duce et auspice Gregorio XIII, in unum congesti. (Tractatus tractatl.) Venitiis, 1584, 18 t. in-fol. et 4 t. indices.

Ever Otto, *Thesaurus juris romani*. Lugd.-Bat. et Traj. ad Rh. 1725. 4 vol. fol. Traj. ad Rhen. 1733-1735. Basil. 1744, 5 vol. fol.

Ger. Meerman, *Novus thesaurus juris civilis et canonici*. Hagæ Comit. 1751-1753, 7 t. in-fol. Supplementum post patris obitum ed. Jo. L. B. de Meerman. Hagæ Com. 1780, fol.

Gr. Oelrichs, *Thesaurus diss. jurid. in acad. Belg. habit.* Lips. 1769, 1770. 2 vol. *Thesaurus novus*. Bremæ, 1771-1782. 3 vol.

Theod. Hagemann et Christ. Aug. Günther, *Archiv für theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit*, ou *Archives pour la jurisprudence théorique et pratique*. 6 vol. Brunswick, 1788-1792.

Il faut mentionner ici plusieurs ouvrages déjà nommés plus haut : le *Mag. civil* de Hugo, le *Journal pour la jurisprudence historique*, et le *Musée rhénan*, etc.; ensuite les journaux périodiques suivants :

Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung, ou *Magasin pour la philosophie et l'histoire du droit et de la législation*, par Grolman. T. I, Giessen et Darmstadt, 1801; t. II. 1807; t. I, sous ce titre : *Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung*, ou *Magasin pour la jurisprudence et la législation*, publié par Grolman et Lœhr. Giessen, 1820.

Archiv für civilistische Praxis, ou *Archives pour la pratique civile*, par Gensler, Mittermaier et Schweitzer. Depuis le 5e vol. cet écrit paraît par Lœhr, Mittermaier et Thibaut. Mühlenbruch, Linde et Wæchter y travaillent également depuis le 14e volume.

Zeitschrift für Civilrecht und Process, ou *Journal de droit civil et de jurisprudence*, publié par Linde, Marezoll et von Wening-Ingenheim. 5 vol. en ont paru, 1827-1832. Depuis le 5e vol., il est publié par Linde, Marezoll et A. W. von Schrœter. 16 Vol. ont paru.

Themis, Zeitschrift für praktische Rechtswissenschaft, ou *Thémis, Journal de jurisprudence pratique*, par Ch. F. Elvers. 2 vol. en ont paru. Gœttingue, 1827-29.

Thémis, ou *bibliothèque du jurisconsulte*, par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats. Tom. 1-7, Paris 1819-25. tom. 8-10, Bruxelles, 1825-31. (Interrompu depuis 1831.)

Bydragen tot Regtsgeleerdheid en Wetgeving, door C. A. den Tex en J. van Halle. Deel I-VI. Amsterdam, 1826-1832.

C. F. Rosshirt, *Zeitschrift für Civil und Criminalrecht*, ou *Journal pour le droit civil et criminel*. Cah. 1, Heidelberg, 1831; cah. 2, 1832; cah. 3, 1833. T. II, cah. 1, 1834; cah. 2, 1835, cah. 3, 1836. T. III, cah. 1, 2, 3, 1840. T. IV, cah. 1, 2, 3, 1842.



INSTITUTES DU DROIT ROMAIN.



PARTIE GÉNÉRALE.

INSTITUTES DU DROIT ROMAIN.

PARTIE GÉNÉRALE.

SECTION PREMIÈRE.

IDÉES GÉNÉRALES DU DROIT CHEZ LES ROMAINS.

§ 115. I. *Du droit et de la justice* (jus et justitia).

Le droit, chez les Romains, réduit à ses éléments les plus simples, reposait sur la morale et la libre appréciation de ce qui est bien et honorable [1]. Le caractère d'exigibilité ne lui était pas essentiellement inhérent [2]. « Jus est ars *boni et æqui*, » disaient-ils, et dans ce sens, Ulpien exige des jurisconsultes, considérés comme ministres de la justice, de rendre les hommes non-seulement extérieurement justes, mais aussi intérieurement bons [3]. Chez eux, la *jurisprudence* était la connaissance des choses divines et humaines, la science du juste et de l'injuste (*divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*) [4], et la *justice* était non uniquement la légalité extérieure des actions, mais encore une conformité des actions extérieures avec les préceptes du droit ; cette conformité reposait sur l'impulsion intérieure, sur la liberté de la volonté [5].

§ 116. II. *Du droit public et du droit privé* (jus publicum et privatum).

Par rapport à son objet, les Romains divisaient la jurisprudence :

1° En science du *droit public* (*jus publicum est, quod ad statum rei romanæ spectat*, et

2° En science du *droit privé* (*jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat*) [6].

§ 117. III. *Du droit naturel, du droit des gens et du droit civil* (jus naturale, gentium et civile).

Le droit privé était à son tour divisé en droit

---

[1] *V.* surtout : Cicéron, *De off.* I, 28.

[2] Quoique les Romains aient connu la différence qui existe entre les devoirs extérieurement exigibles, et non exigibles (Cicéron, *De off.* I, 3. — Sénèque, *De ira*, I, 27. — fr. 144, pr. D. L, 17 : « *non omne quod licet, honestum est.* » — fr. 197, Ib. — fr. 42, pr. D. XXIII, 2. — fr. 1, § 5, D. L, 13), ils ne faisaient cependant pas une différence aussi rigoureuse que les modernes, entre la morale et le droit naturel, et jamais ils n'ont soutenu que l'exigibilité du droit en constituait le caractère principal. C'est ce motif qui leur a fait établir trois préceptes principaux dans l'étude du droit : « *Juris præcepta hæc sunt : honeste vivere, neminem lædere, suum cuique tribuere.* » § 3, J. I, 1. — fr. 10, § 1, D. I, I. — *V.* Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 1.

[3] Fr. 1, pr. D. I, 1.

[4] § 1, J. I, 1. — fr. 10, § 2, D. I, 1. — fr. 2, D. I, 3. — Const. 1, § 1, C. I. 17.

[5] Pr. J. I, 1. — fr. 10, pr. D. I, 1. « Justitia est constans et perpetua *voluntas* jus suum cuique tribuendi. » — Nov. 69, præf. — Cicéron, *De finib.* V, 23. — Idem, *De invent.* II, 54. — Aulu-Gelle. *Noct. att.* XVII, 5. — G. Van der Feltz. *Observ. quædam ad definitionem justitiæ Ulpiani in fr* 10, *pr. D. de just. et jur.* Græn. 1806.

[6] § 4, J. I, 1.—fr. 1, § 2, D. I, 1.—*V.* plus haut, le § 8.

natnrel, droit des gens et droit eivil (*jus naturale, gentium et civile*) [1].

1. Le *droit naturel* (*jus naturale*) était, ehez eux, tont précepte qui a son principe matériel dana la nature animale de l'homme et qui est eommun aux hommes et aux animaux [2].

2. Le *droit des gens* (*jus gentium*) était, chez enx, l'ensemble des prineipes qui ont leur base dans la *raison naturelle* de l'homme, et qui, par là, étaient généralement observés comme droit, ehez tous lea peuplea eivilisés de leur temps [3].

3. Le *droit civil* (*jus civile*) enfin, était le droit que chaque Etat a reconnu et fixé eomme son droit propre, et qui, sans suivre exactement les principes du droit naturel et du droit dea gens, ne s'en éearte cependant pas entièrement ; e'était le droit qui, eomme dit Ulpien [4], se forme en ajoutant et en ôtant au droit natnrel et an droit des gens.

Ainsi, le droit natnrel considérait l'homme comme animal, le droit dea gens, eomme être raisonnahle et vivant avec d'antres en société, et le droit eivil, comme membre d'un Etat déterminé.

§ 118. IV. *Du droit écrit et du droit non écrit* (jus scriptum et non seriptum).

Le droit eivil, dans le aens que nous venona d'indiquer, se divisait de nonveau en *droit écrit* (*jus scriptum*), et en *droit non écrit* (*jus non scriptum*) [5]. Mais ehez lea Romaina, eette expression de *jus scriptum* se prenait ordinairement dans le sens grammatical, et ils entendaient par ces mota tout droit écrit, sans distinguer s'il tirait aon origine de la loi ou de la coutume, et ila l'opposaient au droit contumier non éerit [6]. Aujourd'hui, l'on entend ordinairement par *jus scriptum*, le droit sanctionné par lea lois, et par *jus non scriptum*, le droit auqnel les mœnrs on la eontume ont donné lien, peu importe d'ailleura qu'il soit rédigé par éerit ou qu'il ne le soit paa (§ 5).

§ 119. *Du système du droit civil romain.*

D'après l'ordre des Institntes de Gajus et de Justinien, le système dn droit eivil romain était exposé de la manière suivante : « Omne jus quo utimur, vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones* [7]. »

La signification de ees mots « *res* et *actiones* » a été différemment interprétée, en partie à eause de la division des livres et titres de ces Institutes [8]. Il est certain qne l'on peut entendre par le mot *res*, toutes les ehoses qni forment l'objet d'un droit, et que l'on pent y comprendre les ehoses comme lea aetes, lea droits à des ehoses eorporelles comme lea obligations; mais il paralt qne, dans le prineipe, les Romains n'entendaient par *res*, que les objets corporela (*corpora*) [9], et ensuite, des droits aur des

[1] § 4, J. I, 1. — fr. 1, § 2. D. I, 1 : « Privatum jus tripertitum est, collectum etenim est *ex naturalibus preceptis, aut gentium, aut civilibus.* »

[2] Pr. J. I, 2. — fr. I, § 3. D. I, 1 : « *Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit.* Nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio. quam nos matrimonium appellamus ; hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoqne animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. » — Cpr. Cicéron, *De invent.* II, 22.

[3] § 1, J. I, 2. — fr. 9, D. I, 1 : « *Jus gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit,* id apud omnes peræque custoditur, vocaturque jus gentium; quasi quo jure omnes gentes utuntur. — Cpr. fr. 1, § 4; fr. 2, 3, 4, 5, D. I, 1. — Cicéron, *De off.* III, 5. — Théophile, *Ad instit.* I, 2. — Chez les Romains, le *jus gentium* n'était pas ce que nous appelons *droit naturel* (quoique plusieurs fois on l'appelle aussi *jus naturale*; par exemple, § 11, J. I, 2; § 11, J. II, 1), mais plutôt nne abstraction des droits *positifs* de tous les peuples civilisés. Cependant il y a des auteurs d'opinion contraire ; tel est entre autres : A. D. Renemann, *De jure gentium a jure naturali non diverso.* Traj. ad Rhen. 1818. — Par contre, v. G. F. Steinacker, *Apologia Ulpiani sive de natione juris gentium a jure naturali accurate distinguenda.* Lipsiæ, 1821.

[4] Fr. 9, D. I, 1 : « Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam *quod quisque populus ipse sibi jus constituit,* id ipsius proprium civitatis est, vocaturque *jus civile.* » § 1, 2, J. I, 2. — fr. 6, pr. D. I, 1 : « Jus civile *est quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei servit:* itaque cum aliquid addimus vel detrahimus juri communi, jus proprium, id est, civile efficimus. » — Gajus, I, 1. — Cpr. § 11, J. I, 2.

[5] § 3, J. I, 2. — fr. 6. § 1, D. I, 1.

[6] C'est pour cette raison que, chez les Romains, les *edicta prætorum* et les *responsa prudentum* apparte naient au droit écrit. § 3-9, J. I, 2.

[7] Gajus, I, 8. — § 12, J. I, 2. — Théophile, sur le pr. J. I, 3, le pr. J. II, 1, le pr. J. III, 13, et le pr. J. IV, 6.

[8] Les uns pensent que la rubrique : *de rerum divisione* doit continuer, avec la même signification, jusqu'à la rubrique : *de actionibus* ; qu'ainsi les *obligationes* font partie de la deuxième partie. Les autres sont, au contraire, d'avis que par là même les *obligationes* appartiennent aux *actiones* et que la dénomination générale de *actio,* dans une rubrique subséquente, indiquait seulement que toute action, partant aussi l'action *in rem,* se présentait sous la forme d'une créance contre celui qui nous a lésé.

[9] Lorsqu'on parle de *res,* on dit : *acquirere, amit-*

objets corporels, ces droits considérés comme choses incorporelles; toutefois l'on alla quelquefois plus loin. L'origine et la fin de ces droits et de ces obligations diffèrent trop pour pouvoir être réunis sous un autre point de vue, que sous celui des *actiones*, d'après la distinction principale en *actiones in rem* et *in personam*. Dans le principe, on entendait par le mot *actio* toute la procédure, litigieuse ou non litigieuse, devant le magistrat; mais plus tard, on désignait, par là, tout droit sous le rapport de la poursuite judiciaire. Bien que, d'après cela, l'on puisse toujours élever des discussions sur les questions de savoir si Gajus et Justinien ont compté les *obligationes* parmi les *res*, ou s'ils les ont seulement considérées sous le point de vue des *actiones*, on comment ils auraient dû les considérer dans la vraie signification du mot *res*, toujours est-il certain que Gajus traite au livre Ier, *de personis*, aux livres II et III, *de rebus* avec les obligations, et au livre IV, *de actionibus*; tandis que Justinien parle au livre Ier, *de personis*, aux livres II et III et jusqu'au titre 6 du livre IV, *de rebus* avec les obligations, ensuite *de actionibus*, et qu'il a ainsi fait une exposition dont les diverses parties s'enchaînent l'une à l'autre [¹].

§ 120. *Du système adopté dans ce Manuel.*

Cet ouvrage est composé d'une *partie générale* et d'une partie *spéciale*. La première est destinée à expliquer les *notions* sur les *personnes* et les *choses*, dont l'existence doit être supposée pour tout droit, ainsi que les généralités sur les *droits* et les *moyens de les poursuivre*. La seconde partie a pour but d'exposer les diverses espèces de droits, et notamment :

1. Sur les objets corporels et les choses dans le vrai sens, — le *droit des choses;*

2. Sur les *obligations* et les *droits de poursuite;*

3. Sur les *droits de famille, jura potestatis;*

4. Sur les *successions*, où les choses, les obligations et la famille sont envisagées *mortis causa*.

Ces quatre divisions principales ont déjà été établies depuis longtemps par d'autres, notamment par Heise [²]; mais cet auteur a encore ajouté la *in integrum restitutio* comme une partie spéciale, et Mackeldey a suivi son exemple; ensuite Thibaut, en détachant, de son système, dans la 7e édition, le 3e volume traitant de la procédure, avait cependant conservé la procédure en matière de concours ou d'ordre, ce qui détermina Mackeldey de former, avec cette matière, une sixième partie; mais il ne convient pas d'insérer ces deux parties dans le système, ce que chacun avouera; aussi Thibaut a-t-il modifié ce point dans sa 8e édition, et feu Mackeldey serait certes d'accord avec nous, en maintenant le système tel qu'il est indiqué plus haut, et en divisant d'une manière plus convenable les matières des deux derniers livres.

---

tere, et de la *possessio*; quand il est question de *obligationes*, on dit au contraire : *contrahere*, *solvere*, et le fait ne s'oppose pas ici au droit.

[¹] Hugo a divisé ses livres d'après le système de Gajus et de Justinien et l'ouvrage de Rosschirt, *Grundlinien des Röm. Rechts*, est aussi écrit d'après lui; mais plusieurs matières, comme le droit de gage, la cession, ayant été passées sous silence, il fallait leur assigner leur vraie place. Dans ses six premières éditions Mackeldey a aussi suivi ce système.

[²] *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts*, ou *Plan d'un système de droit civil commun*. Heidelberg, 1807. — A proprement parler, c'est Hugo qui a fait le premier pas à cet égard. *V.* la première éd. de ses Institutes, 1789.

SECTION II.

DES PERSONNES.

§ 121. *Idée de personne en général.*

Dans son acception première, le mot *personne* signifie un homme que la loi regarde comme capable d'avoir des droits [1]. Mais la jurisprudence a, par des abstractions et des fictions, donné une grande extension à cette idée première, en ce que, sous le rapport légal, il est des êtres abstraits et même des choses qui ne sont pas des hommes, et qui néanmoins sont considérés comme des personnes, lorsqu'ils jouissent de certains droits. C'est à cette extension donnée à l'idée de *personne* que se rapporte la division des personnes, en personnes *physiques* et en personnes *morales;* ces dernières sont mieux appelées : *personnes juridiques* ou *abstraites* [2].

§ 122. *Homo, qui plures personas sustinet* [3].

Souvent aussi, la mot *personne* n'indique que la qualité en vertu de laquelle quelqu'un a certains droits et est soumis à certaines obligations [4]. Il arrive donc fréquemment qu'un seul homme réunisse dans sa personne plusieurs de ces qualités (*ut unus homo plures sustineat personas*), et que par là ses droits et devoirs diffèrent les uns des autres. Il faut donc, dans ce cas, examiner d'abord en quelle qualité il a agi, et ce qu'il fait en telle qualité, ne peut lui préjudicier en telle autre [5]. Il ne peut, d'un autre côté, transférer les priviléges qui lui appartiennent en telle qualité, à des droits qu'il a en telle autre qualité [6].

CHAPITRE Ier.

DES PERSONNES PHYSIQUES.

§ 123. I. *De la capacité en général.*

Une personne physique est un homme capable d'avoir des droits. La capacité légale d'un homme consiste dans les qualités qu'il doit posséder pour qu'il puisse avoir et acquérir des droits. Cette capacité est ou *générale* ou *civile*. Aucune autre condition que celle d'*homme*,

[1] D'après le droit naturel, tout homme, comme être doué d'intelligence, est capable d'avoir des droits, et est, par conséquent, une personne. Il peut en être autrement en droit positif. L'esclave, par exemple, est un homme, mais le droit romain ne lui reconnaissait aucune capacité légale, et ne le considérait pas comme une personne. § 4, J. I, 16. — Théoph. sur le § 2, J. II, 14.

[2] Le droit romain qualifie aussi la personne physique de : *persona singularis*, en opposition à *collegium, corpus, curia*. fr. 9, § 1, D. IV, 2.

[3] Jo. Nic. Hert, *De uno homine plures sustinente personas;* dans ses *Opusc.* vol. 1, tom. 3, p. 27.

[4] Sous ce rapport, on distingue la *personne publique* (*persona publica*) de la *personne privée* (*persona privata*). § 3, J. I, 20.

[5] Par exemple, § 4, J. II, 18. — fr. 3, D. I, 7. — Const. 26, C. V, 37.

[6] Par exemple, fr. 38, D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 29.

n'est requise pour la capacité *générale* ou *naturelle*. Le droit romain ne reconnait comme homme que l'être né de la femme avec une forme humaine; peu importe que l'un ou l'autre membre de son corps soit formé d'une manière vicieuse (*portentum, ostentum*); mais si la forme humaine lui manque, il le considère comme un monstre (*monstrum*) et le déclare incapable d'acquérir aucun droit [1]. D'un autre côté, par une fiction de droit, l'enfant conçu est considéré, lorsqu'il s'agit de son propre intérêt, comme s'il était déjà né. *Nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur*. Il conserve donc, jusqu'à sa naissance, tous les droits qu'il aurait eus ou acquis, s'il avait été né au moment où ces droits lui sont échus [2]. Mais pour pouvoir jouir de cet avantage, il est nécessaire qu'il soit né *homme, vivant* et *viable* [3].

§ 124. II. *De la capacité civile chez les Romains, en particulier* [4].

1. *Idée et espèces de l'état* (status).

Chez les Romains, tout homme n'était pas une personne et toute personne ne jouissait pas du même degré de capacité civile, qui dépendait de l'existence de certaines qualités civiles, déterminées tant par le droit public que par le droit privé.

A. Or, la qualité particulière qui déterminait la *capacité civile*, s'appelait chez les Romains *état* (*status* ou *caput*); on comptait trois états différents :

1. Pour qu'un homme pût en général avoir des droits et être considéré comme une personne, il devait être *libre;* dans cette qualité d'homme libre consistait l'*état de liberté* (*status libertatis*), et de cette distinction est venue la division des hommes en *libres* et en *esclaves* [5]. Les hommes libres étaient à leur tour divisés en *ingénus* (*ingenui*) et en *affranchis* (*liberti* par rapport à leur patron, *libertini* par rapport à leur état) [6].

2. L'homme libre jouissait de tous les droits établis par le droit naturel et le droit des gens (*jus naturale et gentium*); mais la liberté seule ne donnait pas encore la capacité d'exercer les droits politiques et ceux dérivant du droit civil (*jus civile*); il fallait, en outre, pour acquérir l'exercice de ces droits, que l'homme libre fût *citoyen romain*. Cette qualité formait *l'état de cité* (*status civitatis*), et c'est à elle que se rapporte la division des hommes libres en *citoyens* et en *étrangers* (*cives et peregrini*) [7].

3. L'exercice plein et entier de la capacité civile, outre l'état de liberté et l'état de cité, exigeait que l'on appartînt à une *famille* (*familia*). L'état de famille, *status familiæ* ou, comme disent les jurisconsultes, le « *familiam habere* » a, sous le double rapport sous lequel nous le rencontrons en droit romain, une signification différente :

a) Pour qu'un citoyen romain pût avoir et acquérir pour soi des droits civils, et avoir sous sa puissance d'autres personnes, il était requis qu'il fût *homo sui juris*, c'est-à-dire qu'il ne dépendît de personne. Sous ce rapport, l'*état de famille* consistait dans le droit d'être indépendant de toute puissance étrangère (*sui juris esse*), et servait de base à la division des personnes en *homines sui juris* et *alieno juri subjecti* (§ 125).

b) Pour qu'un citoyen romain pût avoir et exercer certains droits, notamment le droit de succession légitime et de tutelle, il fallait qu'il fût *agnat* dans la famille où il réclamait ces droits (§ 137), et sous ce rapport, l'état de famille (*status familiæ*) consistait dans

---

[1] Fr. 14, D. I, 5. — fr. 38, 135, D. L, 16.

[2] Fr. 7, D. I, 5 : « Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, *quotiens de commodis ipsius partus quæritur;* quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit. » — fr. 26, D. ibid. — fr. 231, D. L, 16. — Les passages suivants contiennent des applications de cette règle : fr. 3, D. XLVIII, 19. — fr. 18, D. I, 5. — fr. 30, § 1; fr. 84, D. XXIX, 2. — fr. 7, § 1, D. I. 9. — Const. 1, 2, C. VI, 29. — fr. 3, D. V, 4. — Mallinkrodt, *De statu nondum natorum*. Giessæ, 1782.

[3] Const. 2, 3. C. VI, 29. On ne peut déterminer en général dans quels cas on doit regarder un enfant comme viable. Ordinairement on dit cependant qu'il ne peut l'être avant le 182e jour, et l'on invoque à l'appui de cette opinion, les fr. 12, D. I, 5; et fr. 3, § 12, D. XXXVIII, 16. Mais ces deux passages ne parlent nullement de la *viabilité;* le premier s'applique à la *légitimité* et le second à l'*ingénuité* des enfants.

[4] Gajus, I, 9 et suiv. — Ulpien, tit. 1-V. — Inst. I, 3-8. — Dig. I, 5.

[5] Gajus, I, 9. — Pr. J. 1, 3. — Fr. 5, D. I, 5. — Gelderman, *Spec. ad titulum tertium libri I Institutionum imprimis ad ejus tituli principium*. Grœning. 1808.

[6] Gajus, I, 10-12. — § 5, J. I, 3. — fr. 5, D. I, 5. Sur les esclaves romains, v. surtout Heineccius, *Antiquit. jur. rom.* lib. I, tit. 3-8. — Otto Goeschen, *Diss. per eum hominem qui serviat quemadmodum nobis acquiratur*. Gœtt. 1832. — Madai, *Die* statu liberi *des rœm. Rechts*. Halle, 1834.

[7] Les Latins (*Latini*) formaient un degré intermédiaire entre les citoyens (*cives*) et les étrangers (*peregrini*). — Cpr. Heineccius, *loc. cit.* Appendice au liv. I.

la qualité d'agnat d'une certaine famille [1].

B. Ces trois états étaient entre eux dans le rapport suivant : la *liberté* pouvait exister à elle seule et pour elle seule ; le *droit de cité* dépendait de la liberté, et la *famille* dépendait du droit de cité. Ainsi, la perte d'un état, subordonné à l'existence d'un autre, entraînait également la perte de ce dernier état (§ 126).

A côté de ces trois états principaux, il en existait encore un autre : la considération intacte du citoyen romain (*status illæsæ existimationis*) était pour lui la condition qui le rendait digne d'exercer tous les droits politiques et civils, tels que le droit public et privé des Romains les avait déterminés (§ 128) ; toute attaque pouvait être repoussée par l'*actio injuriarum* [2].

§ 125. 2. *Des hommes qui dépendent ou d'eux-mêmes ou d'autrui* (homine sui juris et alieni juris).

Un homme *sui juris* était celui qui ne se trouvait pas sous la puissance d'autrui ; il s'appelait aussi *pater familias*. Un homme *alieni juris s. alieno juri subjectus*, était celui qui se trouvait sous la puissance d'autrui, peu importe qu'il fût libre ou non [3]. L'homme *sui juris* pouvait seul exercer tous les droits pour lui-même, et avoir d'autres personnes sous sa puissance ; l'homme *alieni juris* ne pouvait, du moins d'après le droit ancien, acquérir et exercer en général des droits, que pour celui dont il dépendait, et ne pouvait avoir aucune puissance sur d'autres [4]. Le droit de Justinien a presque entièrement changé ce principe ; car, d'après lui, le fils de famille (*filius familias*) peut acquérir pour lui presque tous les droits.

La puissance elle-même qu'un homme *sui juris* exerçait sur un autre, était triple :

1. La *potestas*, aussi bien la puissance du maître sur l'esclave (*potestas dominorum*), que la puissance paternelle sur les enfants et petits-enfants (*patria potestas*).

2. La *manus*, ou la puissance du mari sur la femme avec laquelle il vivait selon le mariage romain.

3. Le *mancipium* ; c'était une puissance semblable à celle du maître sur l'esclave ; elle s'exerçait sur un homme *libre*, par la vente et la tradition solennelle (*mancipatio*) qui servait surtout pour l'émancipation et l'adoption (*emancipatio et datio in adoptionem*) [5].

En droit de Justinien, on ne rencontre plus que la puissance dominicale (*potestas dominorum*) et la puissance paternelle (*patria potestas*).

§ 126. 3. *De la diminution de tête* (capitis deminutio).

La *perte d'un état* s'appelait *capitis deminutio* qui, comme l'état lui-même, était triple [6] :

1. La grande diminution de tête (*capitis deminutio maxima*) s'opérait par la perte de la liberté, qui naturellement entraînait aussi celle des deux autres états.

2. La moyenne diminution de tête (*capitis deminutio media*) était la conséquence de la perte du droit de cité ; l'état de famille cessait en même temps, mais on ne perdait pas la liberté.

Ces deux premières espèces de diminution de tête qu'Ulpien nomme aussi *capitis dem. magna* [7], en opposition avec la troisième, qu'il appelle *capitis dem. minor*, donnaient lieu, chez les Romains, à la *mort civile*, c'est-à-dire que celui qui cessait d'être libre ou citoyen romain, perdait par là tous les droits civils (*jus civile*) et devait être considéré, sous ce rapport, comme s'il était mort [8].

3. Enfin, la petite diminution de tête (*capitis deminutio minima*) s'opérait lorsqu'un citoyen romain, sans perdre l'état de cité, changeait de

[1] Fr. 195, § 2, 4, 5 ; fr. 196, pr. D. L, 16. Sur la *familia* et la *gens*, dans le sens du droit romain, *v.* Niebuhr, *Histoire romaine*, 1re partie, 2e édit. p. 26 ; 3e édit. p. 349. — Deiters, *Diss. de civili cognatione et familiari nexu ex jure romano et germanico*. Bonnæ, 1825. — Heiberg, *De familiari Patriciorum nexu*. Slesvici, 1829.

[2] Fr. 15, § 34, 35, 44, D. XLVII, 10.

[3] Gajus, I, 48-141. — Ulpien, IV et V. — Inst. I, 8. — Dig. I, 6.

[4] Gajus, II, 86-96 ; III, 163-167. — Ulpien, XIX, 18. — Inst. II, 9 ; III, 28 (29).

[5] Sur la *potestas*, la *manus* et le *mancipium*, *v.* Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 138 et suiv. — G. Serrurier, *Animadversiones ad locum Gaji de potestate, manu et mancipio*. Traj. ad Rhen. 1828. — Sur le *mancipium* en particulier : Ed. Bœcking, *Comm. de mancipii causis*. Berol. 1826.

[6] Gajus, I, 158-163. — Ulpien, XI, 10-13. — Inst. I, 16. — Dig. IV, 5. — Heineccius, *Antiq. rom.* lib. I, tit. 16. — Le passage principal sur cette matière se trouve au fr. 12, D. IV, 5 : « *Capitis deminutionis* tria genera sunt : *maxima, media, minima.* Tria enim sunt, quæ habemus, libertatem, civitatem, familiam. Igitur, cum omnia hæc amittimus, hoc est, libertatem, et civitatem, et familiam, *maximam* esse capitis deminutionem : cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur : *minimam* esse capitis deminutionem constat. »

[7] Fr. 1, § 8, D. XXXVIII, 7.

[8] Fr. 209, D. L, 17. — § 1, J. I, 12.

famille [1]. Lorsqu'il s'agit de la petite diminution de tête, le droit romain ne dit jamais *amittitur*, mais simplement *mutatur*; car l'effet de toute petite diminution de tête est qu'on cesse d'appartenir à la famille dont on faisait jusqu'alors partie, et qu'on entre dans une autre famille ou qu'on en forme une nouvelle, comme l'émancipé. On subissait une petite diminution de tête dans le cas de la *arrogatio* [2], de la *conventio uxoris in manum mariti* [3], de la *emancipatio* et de la *datio in adoptionem*; enfin c'était aussi le cas de la *datio in mancipium* et de la *manumissio ex mancipio* [4]; car, dans tous ces cas, la personne changeait de famille (*familia mutatur*).

La mort seule n'opérait jamais, pour les autres, une diminution de tête; un fait dérivant du droit civil y était toujours nécessaire. Ainsi, le fils de famille qui, par la mort de son père de famille, devenait *sui juris*, ne subissait par là aucune diminution de tête, et ne perdait pas son agnation.

La petite diminution de tête avait un effet général : c'était de faire perdre à celui qui la subissait (*capite deminutus*), les droits de famille (*jura familiæ*), dans cette famille à laquelle il avait jusqu'alors appartenu comme agnat [5].

§ 127. 4. *De la considération civile.*

a. *Notions générales.*

La considération, en général, consiste dans l'estime dont un homme jouit à cause de ses qualités et par là, dans la reconnaissance publique de son mérite. Cette estime et cette reconnaissance, lorsqu'elles dépendent et reposent entièrement sur le jugement du public, s'appellent la *considération naturelle* ou la *bonne réputation*, différente de la *considération civile*, qui consiste en ce qu'on a la qualité de citoyen de l'Etat, et que par là, on peut prétendre à tous les droits et priviléges qui appartiennent aux citoyens. La considération civile est donc la conséquence de la qualité de citoyen, et de même que l'Etat la confère à sa volonté et qu'elle repose sur la reconnaissance de la part de l'Etat, de même aussi lui seul et les lois peuvent nous la retirer ou la restreindre; mais les autres ne peuvent juger si nous y avons droit ou non [6].

§ 128. b. *De la considération en droit romain* [7].

La considération civile dont le citoyen romain jouissait comme tel, s'appelait *existimatio*. Son intégrité constituait le *status illæsæ existimationis* [8], qui formait la condition de la pleine capacité, ou plutôt de la dignité du citoyen romain à exercer tous les droits politiques et civils déterminés par le droit public et privé des Romains.

A. La considération pouvait se perdre tout entière (*existimatio consumitur*) : tel était toujours le cas de la grande et de la moyenne diminution de tête, parce que, par là, on perdait le droit de cité, condition de toute *existimatio* [9]; par là, on perdait aussi la capacité d'invoquer le droit civil.

---

[1] Ulpien, XI, 13, dit : « Minima capitis deminutio est, per quam et civitate et libertate salva, *status duntaxat hominis mutatur.* » — Gajus, I, 162 et § 3, J. I, 16, dit la même chose. — Paul, fr. 11, D. IV, 5. s'exprime ainsi : « Tum et libertas et civitas retinetur, *familia tantum mutatur*, minimam esse capitis deminutionem constat. » — Cpr. F. C. Conradus, *De minima capitis deminutione*; in ejusd. Peregris L. II, p. 163. — A Herm. Gmelin, *Dissert. de cap. dem. minima.* Tübing. 1807. — L. H. de Coll, *Diss. de cap. dem. minima juris antiqui.* Jenæ, 1810. — Petr. F. Deiters, *Diss. de civili cognatione et familiari nexu ex jure romano et germ.* Bonnæ, 1825, § 22. — Du Caurroy, dans la *Thémis*, t. III, p. 151. — Ed. Fr. A. Seckendorff, *Diss. de cap. dem. minima.* Coloniæ, 1828.

[2] Fr. 3, pr. D. IV, 5. — fr. 3, § 2; fr. 40, pr. D. I, 7. — Y avait-il lieu à la petite diminution de tête par la *erroris causæ probatio*, dont parle Gajus, I, 67 et suiv., et plus tard par la *légitimation?* § 13, J. I, 10. — Cpr. Gajus, II, 141-143.

[3] Gajus, I, 162; III, 82-84; IV, 38.—Ulpien, XI, 13.

[4] § 3, J. I, 16. — fr. 3, § 1, D. IV, 5. — fr. 23, D. I, 7. — Surtout Gajus, I, 162 : « Minima capitis deminutio est cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur, quod accidit in his, qui adoptantur : item in his, qui coemptionem faciunt, et in his, *qui mancipio dantur; quique ex mancipatione manumittuntur; adeo quidem ut quotiens quisque mancipetur aut manumittatur, totiens capite deminuatur.* » — Cpr. Gajus, II, 141.

[5] Fr. 7, D. IV, 5. — fr. 4, § 10, D. XXXVIII, 10. — fr. 11, D. XXXVIII, 16. — fr. 6, § 1, D. XXXVII, 1. — Ulpien, XI, 9. — Gajus, I, 158, 163. — Le droit romain dit partout : « *Jus agnationis perimitur s. corrumpitur;* » c'était là la première et immédiate conséquence de la petite diminution de tête, et cet effet en formait la vraie base.

[6] Cpr. fr. 5. § 1, D. L, 13.

[7] Doneau, *Comm. jur. civ.* XVIII, 6. — Buchardi, *De infamia et disciplina Romanor.* Kil. 1819. — S. J. M. Van Geuns, *Diss. de infamia legib. rom. constituta.* Traj. ad Rhen. 1823. — A. M. J. Molitor, *Diss. de minuta existimatione ex jure romano.* Lovanii, 1824.

[8] Fr. 5, § 1, D. L, 13 : « *Existimatio* est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut *minuitur* aut *consumitur.* »

[9] Fr. 5, § 2, 3, D. ibid.

B. La considération pouvait aussi n'être qu'altérée (*minuitur*), sans que l'on cessât par là d'être citoyen romain, et cette altération ne pouvait entraîner que la perte de quelques droits civils particuliers [1]. Au nombre des personnes qui n'avaient pas la pleine jouissance de la considération civile, on comptait :

1. Toutes les personnes que l'Edit du préteur ou la loi désignait expressément à cause de leur profession honteuse ou d'un délit; elles ne méritaient pas de jouir pleinement de la considération civile. On les appelait : *infames, quos lex notavit, qui infamia notati sunt* [2]; les modernes nomment cette espèce d'infamie : *infamia juris*. Mais ici il y avait encore une distinction à faire :

a) Dans quelques cas, en effet, l'infamie avait lieu immédiatement (*notatur qui fecerit*), aussitôt que l'on avait acquis la certitude que quelqu'un avait commis l'action ou embrassé la profession infamante; dans ce cas, l'on ne requérait ni instruction judiciaire, ni jugement qui, dans beaucoup de cas de cette espèce, n'était pas même admis (aujourd'hui : *infamia immediata juris*). Tels étaient ceux qui, à prix d'argent, se montraient dans les théâtres et les combats, *qui artem ludicram faciunt* [3]; ceux qui faisaient le commerce de prostitution, *qui lenocinium faciunt* [4]; les femmes qui se prostituaient publiquement, *quæ palam quæstum faciunt* [5], et les hommes qui s'adonnaient volontairement à la pédérastie [6]; les majeurs qui rompaient une transaction jurée et librement consentie [7]; ceux qui se livraient à l'usure [8]; ceux qui se fiançaient ou se mariaient en même temps avec plusieurs personnes [9]; les veuves qui se remariaient avant que l'année de deuil ne fût révolue [10]; les tuteurs qui, avant la majorité de leurs pupilles, les épousaient ou qui les mariaient avec leur fils, dans lequel cas, celui-ci encourait également l'infamie [11]; les femmes qui étaient surprises en flagrant délit d'adultère [12]; les débiteurs qui ne cédaient pas volontairement leurs biens aux créanciers, et qui les forçaient de se faire envoyer en possession des biens, *missio creditorum in bona* [13]; enfin, les soldats congédiés du service par ignominie, *ignominiæ causa* [14].

b) Dans d'autres cas, au contraire, l'infamie était la conséquence d'une condamnation pour délit ou de la peine encourue (*notatur qui damnatus erit;* aujourd'hui : *infamia juris mediata*). Tel était le cas de tous les délits publics ordinaires et de quelques délits publics extraordinaires [15]; tel était encore le cas de quelques délits privés, notamment du vol, de la rapine et de l'injure (*furtum, rapina, injuria*); et même celui qui faisait avec la personne lésée une transaction pour l'engager à ne pas porter plainte, encourait l'ignominie [16]; enfin, l'infamie notait celui qui était condamné pour cause de vol, dans les contrats qui ont surtout pour base la confiance personnelle; par exemple, le mandat, le dépôt, la société, la tutelle (*mandatum, depositum, societas, tutela*) [17].

2. Les personnes qui, par leur conduite déréglée ou leur vile profession, *vitæ turpitudo*, à laquelle cependant la loi n'avait pas, à proprement parler, attaché l'infamie, se rendaient passibles de la perte de la considération civile, et devenaient par là même indignes de l'estime de leurs concitoyens. Les modernes nomment cette espèce d'infamie : *infamia facti*, dont les effets préjudiciables, du moins d'après le droit postérieur, étaient presque les mêmes que ceux de l'*infamia juris* [18].

3. Les personnes qui, chez les Romains,

---

[1] *Droits politiques :* fr. 1, pr. D. XLVIII, 7. — fr. 40, D. XLVII, 10. — Const. 2. 12, C. XII, 1. — fr. 1, § 5, 6, D. III, 1. — fr. 4, D. XLVII, 23. — fr. 4, 8, D. LXVIII, 2. — fr. 1, 2, D. L, 22. — *Droits civils :* fr. 18. § 1; fr. 20, § 5; fr. 26. D. XXVIII, 1.—fr. 14, 15, D. XXII, 5. — fr. 44, D. XXIII, 2.— Const. 27, C. III, 28.

[2] Dig. III, 2. — Code, II, 12. — Glück, *Comm.* 5e partie, § 374 et suiv.

[3] Fr. 1, § 6, D. III, 1. — fr. 1; fr. 2, § ult.; fr. 3, D. III, 2.

[4] Fr. 1; fr. 4, § 2, 3, D. III, 2. — fr. 43, § 6-9, D. XXIII, 2.

[5] Fr. 24, D. III, 2. — fr. 41, pr.; fr. 43, pr., § 1-5, D. XXIII, 2.

[6] Fr. 1, § 6, D. III, 1. — Const. 31, C. IX, 9.

[7] Const. 41, C. II, 4.

[8] Const. 20, C. II, 12.

[9] Fr. 1; fr. 13, § 1-4, D. III, 2. — Const. 2, C. V, 5. — Const. 18, C. IX, 9.

[10] Fr. 1; fr. 11, § ult.; fr. 12; fr. 13, pr. D. III, 2. — Const. 2, C. V, 9.

[11] Fr. 66, pr. D. XXIII, 2. — Const. 7, C. V, 6.

[12] Fr. 43, § 12, 13, D. XXIII, 2.

[13] Const. 11, C. II, 12. — Const. 8, C. VII, 71.

[14] Fr. 1; fr. 2, pr., § 1-4, D. III, 2.—Const. 3, C. XII, 36.

[15] Fr. 1, D. III, 2. — fr. 7, D. XLVIII, 1. — fr. 1, 4, D. XLVII, 15. — fr. 1; fr. 3, pr. D. XLVII, 12. — fr. 2, D. XLVII, 10. — fr. 4, § 4, D. III, 2. — Const. 12, C. II, 12.

[16] § 2, J. IV, 16. — fr. 1; fr. 4, § 5, D. III, 2. — fr. 7, D. XLVIII, 1.

[17] § 2, J. IV, 16. — fr. 1; fr. 6, § 5, 7, D. III, 2. — fr. 56, D. XVII, 2. — La simple faute (*culpa*) n'entraînait pas l'infamie : § 6, J. I, 26. — fr. 3, § 18; fr. 4, § 1, 2, D. XXVI, 10. — Const. 9, C. V, 43.

[18] Fr. 3, pr. D. XXII, 5. — fr. 2, D. XXXVII, 15. — fr. 12, D. L, 2. — Const. 2, C. XII, 1. — Const. 27, C. III, 28.

étaient entachées d'une tache légère, *levis nota*. A cette catégorie n'appartenaient que les affranchis et les enfants de ceux qui montaient sur les théâtres; cette tache légère avait pour effet que des sénateurs et leurs enfants ne pouvaient se marier avec de telles personnes, et qu'un testateur ne pouvait les instituer comme héritiers, au préjudice de ses frères et sœurs [1]. Toutes les personnes dont la considération naturelle et civile n'était pas sans tache, s'appelaient en général *personæ turpes* [2].

§ 129. III. *Des autres différences qui distinguent les hommes.*

Outre les qualités de l'homme sur lesquelles reposait, chez les Romains, la capacité naturelle et civile (§§ 123-128), le droit a encore à considérer dans l'homme beaucoup d'autres qualités et de rapports, qui forment pour lui la condition de certains droits, ou qui, sans être la condition de la capacité d'une personne, ont une influence sur ses droits. Cette considération seule devrait déjà empêcher de donner à ces qualités également le nom d'*états* (*status*), comme il arrive encore souvent [3]; car, chez les Romains, ce mot, dans son vrai sens, ne se rapporte qu'à la *capacité civile*. Quant aux qualités et rapports personnels d'un homme qui jouit de la capacité civile, et qui exercent une influence sur ses droits, nous ne parlerons ici que de ceux qui, en droit romain, sont les plus importants.

§ 130. 1. *Du sexe.*

Les hommes, sous le rapport du sexe, sont ou *hommes* (dans le sens restreint du mot), ou *femmes*. Ceux dont le genre est douteux s'appellent *hermaphrodites* (*hermaphroditi*); ils appartiennent au sexe qui prédomine chez eux [4]. En règle générale, les droits des deux sexes sont les mêmes; néanmoins cette règle souffre grand nombre de restrictions en ce qui regarde les femmes [5].

§ 131. 2. *De l'âge.*

L'âge établit également une différence entre les hommes, et sous ce rapport, ils sont *majeurs* ou *mineurs* (*majores aut minores* 25 *annis*).

L'homme est majeur [6], sans distinction de sexe, dès qu'il a atteint l'âge de vingt-cinq ans [7]. Par exception, le mineur est regardé comme majeur, s'il obtient une dispense d'âge (*venia ætatis*), c'est-à-dire s'il est déclaré majeur par le prince; dans ce cas, il est cependant requis que l'homme ait atteint l'âge de 20 ans et la femme celui de 18 [8].

Les mineurs sont *pubères* (*puberes, adulti, adolescentes*) ou *impubères* (*impuberes*) [9] : l'homme devient pubère à l'âge de 14 et la femme à l'âge de 12 ans accomplis [10]. Les impubères s'appellent, jusqu'à l'âge de sept ans, et sans distinction aucune de sexe, *enfants*

---

[1] Ulpien, XIII, XVI, 2. — fr. 44, pr. § 5, D. XXIII, 2. — fr. 5, D. XL, 11. — Const. 27, C. III, 28. — Heineccius, *De levis notæ macula*. Halæ, 1720, et dans ses *Opusc.* p. 266. — L'erreur qui l'a fait nommer *levis notæ macula*, vient d'un malentendu de la const. 27 citée, dans laquelle le mot *macula* se rapporte non-seulement à *levis nota*, mais aussi à *infamia* et *turpitudo*.

[2] Les droits modernes diffèrent, en cette matière, entièrement du droit romain.

[3] Les modernes entendent par les mots « *status hominis* » en général toutes les qualités personnelles d'où dépendent certains droits, et ils divisent l'état en *état naturel* (*status naturalis*) et en *état civil* (*status civilis*). Le premier s'entend de la capacité naturelle (§ 123) et d'autres qualités physiques qui ont de l'influence sur les droits; par exemple, le sexe, l'âge, l'état de santé; le second s'entend de la capacité civile, en particulier des trois états du droit romain (§ 124), ainsi que de quelques autres qualités civiles qui influent sur les droits; par exemple, l'honneur, la religion, la profession. — Westenberg, Pr. D. I, 5, § 4 et suiv. — Hellfeld, *Jurisp. for.* § 111. — Hœpfner, *Comm.* § 62. — Thibaut, *System*, § 207. Mais tout cet exposé et la division de l'état qui en dérive, n'est pas de droit romain.

[4] Fr. 10, D. I, 5 : « Quæritur hermaphroditum cui comparamus? et magis puto ejus sexus æstimandum, qui in eo prævalet. » Le fr. 15, § 1, D. XXII, 5, contient une application de ce principe : « Hermaphroditus an ad testamentum adhiberi possit, qualitas sexus incalescentis ostendit. » Coccejus, *Jus contr.* lib. I, t. V, qu. 3.

[5] Fr. 9, D. I, 5. — fr. 1, § 5, D. III, 1. — fr. 1, 2, D. XVI, 1. — fr. 16, 18, D. XXVI, 1. — fr. 20, § 6, D. XXVIII, 1. — § 10, J. I, 11.

[6] *Ætas legitima*. Sur la *lex Plætoria*, v. de Savigny, *Ueber die lex Plætoria*. Berlin, 1833.

[7] Const. 3, C. VI, 53. — Const. 2, C. II, 45.

[8] J. F. Scheffer, *De venia ætatis*. Argentor. 1782. — Sur la const. 2 citée, v. Glück, *Comm.* P. 31, p. 144 et suiv.

[9] Si l'impubère est *sui juris*, il s'appelle *pupille* (*pupillus*). fr. 239, pr. D. L, 16. — L'âge de l'impuberté s'appelle aussi *prima ætas*; celui de la puberté jusqu'à la majorité, *secunda ætas*. Const. 30, C. I, 4. — Const. 10. C. VI, 26. — Nov. 72, præf.

[10] Pr. J. I, 22. — Const. 3, C. V, 60. — A. G. Cramer, *De pubertatis termino ex disciplina Romanorum*. Kilon. 1804. — Sur la pleine puberté (*pubertas plena*), dont il est question au § 4, J. I, 11, et fr. 40, § 1, D. I, 7, et dont les trois passages suivants contiennent des applications, fr. 14, § 1, D. XXXIV, I; fr. 57, D. XLII, 1; Nov. CXV, c. 3, § 13, v. Dirksen, *Beiträge zur Kunde des Römischen Rechts*, p. 289.

(*infantes*) [1]. Depuis l'âge de sept ans jusqu'à la puberté, ils sont ou *infantiæ* ou *pubertati proximi* [2], selon que leur âge se rapproche davantage de l'enfance ou de la puberté.

La *vieillesse* (*senectus*) qui affranchit des charges publiques, ne commence qu'à l'âge de 70 ans accomplis [3].

§ 132. 3. *De l'état de santé.*

Considérés sous le rapport de l'état de santé du *corps*, les hommes sont *sains* (*sani*), ou *malades* (*morbo laborantes*) [4], ou *infirmes*, c'est-à-dire affectés d'une infirmité permanente (*vitio laborantes*) [5].

Quant à l'intégrité de l'*esprit*, les uns jouissent de la plénitude de leur raison, d'autres n'en jouissent pas, et la liberté de la volonté leur manque. Ces derniers sont, d'après l'état et le degré différent de leur maladie mentale, ou *furieux* (*furiosi*), ou *fous* (*mente capti*), ou *imbéciles* (*dementes*) [6]. Il faut y ajouter, sous certains rapports, les hommes *simples et stupides* (*simplices et stupidi*).

§ 133. 4. *De la parenté.*

a. *Notion de parenté.*

La *parenté* (*cognatio*) est un lien entre deux ou plusieurs personnes unies par le même sang. Si ces personnes ne forment qu'une seule et même famille, ou s'il en était ainsi en supposant que leur *pater familias* fût encore en vie, leur parenté prend le nom de *agnatio*. Par opposition à l'agnation qui ne peut être produite que par les hommes, la parenté produite par le rapport naturel de la liaison du sang et qui peut avoir lieu tant par le sexe masculin que par le sexe féminin, s'appelle *cognatio naturalis*. L'adoption ne donne pas lieu à la *cognatio naturalis*, mais à l'*agnatio*. Le sexe féminin ne peut donner lieu qu'à une *cognatio naturalis* [7]. Toute agnation, naturelle ou civile, était détruite par la diminution de tête; mais la cognation naturelle n'éprouvait par là aucun changement.

§ 134. b. *Des espèces de parenté.*

Ceux qui sont parents le sont ou parce qu'ils descendent les uns des autres, soit immédiatement, soit par une autre personne, ou parce qu'ils descendent d'un auteur commun. Dans le premier cas naît l'idée de la *ligne directe* (*linea recta*), et les personnes qui sont parentes en ligne directe s'appellent *ascendants* et *descendants*; la série des personnes dont je descends est ma ligne ascendante (*linea superior s. ascendens*); la série des personnes qui descendent de moi, est ma ligne descendante (*linea inferior s. descendens*). Dans le second cas, naît l'idée de la *ligne collatérale* (*linea transversa s. obliqua*) [8], et les personnes qui ne sont parentes que parce qu'elles descendent d'un auteur commun, s'appellent *collatéraux* (*ex latere venientes*, en latin moderne : *collaterales*) [9].

Lorsque de deux collatéraux l'un vient immédiatement après l'auteur commun, tandis que l'autre en est plus éloigné, les modernes désignent ce rapport de parenté par l'expression barbare : *respectus parentelæ*, et les Ro-

---

[1] Const. 8, C. Th. VIII, 18. — Const. 18, pr. C. VI, 30. — Auparavant, et d'après une très-juste étymologie, *infans* signifiait autant que : *qui fari nondum potest*. fr. 65, § 3, D. XXXVI, 1. — fr. 70, D. XLV, I. — Const. 26, C. VIII, 54.

[2] Fr. 111, pr. D. L, 17. — § 10, J. III, 19 (20). — § 18, J. IV, 1. — fr. 14, D. XXIX, 5. — Jac. Gothofredus, *Comm. ad tit. D. de R. J. ad L.* 111.

[3] § 13, J. I, 25. — fr. 2, pr. D. XXVII, 1. — fr. 3, D. L, 6. — Const. 10, C. X, 31. — Const. un. C. V, 68. — La const. 3, C. X, 49, ne lui est pas contraire.

[4] Si la maladie rend impropre à toute espèce d'occupation, elle s'appelle *morbus sonticus*. fr. 113, D. L, 16.

[5] Fr. 101, § 2, D. L, 16. Nous comprenons ici les impuissants et les castrats (*spadones et castrati*). — fr. 128, D. L, 16. — fr. 6, § ult.; fr. 7, D. XXI, 1. — fr. 39, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 6, pr. § 1, D. XXVIII, 2. fr. 40. § 2. D. I, 7. — § 9, J. I, 11. — Ensuite, les sourds et les muets. ainsi que les sourds-muets, § 3. J. II, 12. — fr. 1, § ult. D. XLIV, 7. — fr. 1, § 3, D. III, 1. — fr. 4, D. XXIX, 11. — Const. 10, C. VI, 22. — R. Tob. Guyot, *Dissertatio de jure surdo-mutorum*. Grœning. 1824.

[6] Cicéron, *Tusc. Quæst.* III, 5. — Ceux qui ont été déclarés *prodigues* par la justice (*prodigi, quibus bonis interdictum est*) sont assimilés aux fous et aux furieux, quant à l'administration de leurs biens. fr. 1, pr. D. XXVII, 10. — § 3, 4, J. I, 23.

[7] Fr. 4, § 2, D. XXXVIII, 10. — Le droit canon parle encore d'une parenté spirituelle (*cognatio spiritualis*), qui se forme par le baptême, mais qui, d'après le droit nouveau, n'existe plus qu'entre le baptisant et le parrain, d'un côté, et le baptisé et ses parents de l'autre côté. Il en est de même de la confirmation. Les protestants ne la reconnaissent pas. *Decret. Gregor.* IX, lib. IV, tit. 2. — *Conc. Trident.* Sess. 24, c. 2, *de reform. matr.* — *V.* en outre : Inst. III, 6. — Dis. XVIII, 10. — *Decret. Greg.* IX, lib. IV, tit. 12, 14, 17.

[8] Fr. 9; fr. 10, § 9, D. ibid. — Le droit canon divise les collatéraux en *égaux* et en *inégaux*, selon qu'ils sont également ou inégalement éloignés de l'auteur commun.

[9] Const. 9, § 1, C. V, 27. — Nov. 118, c. 2, 3.

mains disent des personnes qui sont parentes de cette manière : *parentum liberorumve locum obtinent* [1].

La totalité de plusieurs parents qui descendent d'un tiers commun (*stipes communis*) s'appelle *souche* (*stirps*) ou *ligne*; cette ligne peut, à son tour, se diviser en plusieurs autres.

§ 135. c. *Des degrés de la parenté.*

La distance qui existe entre deux parents se détermine d'après les *degrés*. En droit romain, chaque génération forme un degré ; ainsi, deux personnes déterminées sont parentes au même degré qu'il faut de générations pour former une parenté entre elles (*tot sunt gradus quot sunt generationes*) [2]. D'après cela, le père et le fils sont au premier degré, le grand-père et le petit-fils au second, le frère et la sœur également au second, l'oncle et le neveu au troisième, les enfants de frère et sœur au quatrième degré, etc. [3].

§ 136. d. *De la parenté légitime et de la parenté illégitime.*

La parenté naturelle est *légitime*, lorsqu'elle est procréée dans un légitime mariage ; elle est *illégitime*, lorsqu'elle est produite hors du mariage.

§ 137. e. *Des espèces d'enfants illégitimes.*

Le droit romain distingue :

1. Les enfants naturels (*naturales*) nés du concubinage et à l'égard desquels la paternité peut aussi être admise [4] ;

2. Les autres enfants illégitimes appelés *spurii et vulgo quæsiti* [5]. On distingue surtout les *adultérins*, nés d'un adultère, et les *incestueux*, nés d'un inceste. Toute union du sang en dehors du mariage et du concubinat était considérée comme un délit (*adulterium*, dans le sens large) ; mais les enfants incestueux étaient particulièrement désignés comme *ex damnato coitu procreati*.

§ 138. f. *Des espèces de collatéraux.*

Les collatéraux qui descendent d'un même couple, s'appellent aujourd'hui et exclusivement *germains* (*germani*) [6] ; ceux au contraire qui descendent d'une même personne qui a contracté deux unions différentes, s'appellent *consanguins* [7] ou *utérins* (*consanguinei, uterini*), selon qu'ils ont un père commun ou la même mère. Les modernes les nomment aussi *unilaterales* ou *ex uno latere juncti*. Justinien appelle les frères et sœurs germains : *ex utroque parente conjuncti*, et les consanguins et utérins : *ex uno parente conjuncti sive per patrem solum sive per matrem* [8].

§ 139. g. *De la parenté simple et de la parenté double.*

La parenté est *simple* ou *double*. Elle est simple, lorsque les personnes parentes ne le sont que d'une seule manière ; elle est double, lorsqu'elles le sont de plus d'une manière. Cette dernière parenté s'établit :

1. Lorsque des personnes parentes entre elles procréent des enfants ;

2. Lorsque des personnes parentes avec un tiers commun procréent des enfants ;

3. Ou lorsqu'une seule et même personne a des enfants de deux personnes parentes entre elles ;

4. Ou enfin, lorsque deux personnes parentes entre elles procréent des enfants avec deux

---

[1] § 5, J. I, 10.

[2] Le droit canon suit *la même* règle dans la computation des degrés dans les lignes ascendante et descendante ; mais il établit la règle suivante pour compter les degrés en ligne collatérale : deux collatéraux sont parents au même degré qu'ils le sont avec l'auteur commun duquel ils descendent ; dans les lignes collatérales inégales, on indique le nombre de degrés dans les deux lignes. — C. 2, C. XXXV, qu. 5. — Un ancien ouvrage très-remarquable sur cette partie est : S. P. Damianus, *De parentelæ gradibus* ; dans ses *Opp.* Bassani, 1783, t. III, p. 179. — Parmi les modernes on distingue : Bœhmer, *Princ. jur. can.* § 389. — Glück, *Comment.* t. XXIII, § 1209, 1210. — E. A. Laspeyres, *Diss. canon. comp. et nupt. propter sanguinis propinq. ab Ecclesia christ. prohib. sistens historiam.* Berolini, 1825.

[3] Fr. 1, § 3-7 ; fr. 3, D. XXXVIII, 10.

[4] L'expression *liberi naturales* a une double signification en droit romain. On entend par là : 1° les enfants nés en concubinage, par opposition aux enfants légitimes ; par exemple, *tit. C. naturalibus liberis* (V, 27). Nov. 89, c. 12. — 2° Les enfants procréés, mis en opposition aux enfants adoptifs ; par exemple, § 2, J. III, 1.

[5] § 12, J. I, 10. — fr. 23, D. I, 5.

[6] Chez les Romains, *frater germanus* était celui qui était procréé, sans distinguer s'il était germain (dans le sens que nous y attachons) ou consanguin. Sous ce dernier rapport, on lui opposait le *frater uterinus*, c'est-à-dire le frère unilatéral par la mère.

[7] Les Romains entendaient par *consanguineus* l'agnat le plus proche possible, par conséquent aussi le frère germain. § 1, J. III, 2. — fr. 2, pr. D. XXXVIII, 16. — Gajus, III, 14.

[8] Novelle 118, c. 2, 3. — Cpr. fr. 10, § 13, D. XXXVIII, 10.

autres personnes également parentes [2]. Il faut se garder de confondre la parenté double avec la parenté germaine qui n'est en elle-même qu'une parenté simple, quoique généralement on la regarde comme une parenté double.

§ 140. 5. *De l'affinité.*

a. *Notion.*

L'affinité (*affinitas*) est la liaison qui s'établit, par le mariage, entre l'un des conjoints et les parents de l'autre [2]. Elle est fondée sur l'unité des époux qui place l'un d'eux vis-à-vis des parents de l'autre dans un rapport semblable à celui de la parenté.

§ 141. b. *Des degrés de l'affinité.*

A proprement parler, l'affinité qui ne s'établit pas par la naissance, mais seulement par le mariage, n'a pas de degrés [3]. Mais l'idée de l'unité des époux, qui sert de base à l'affinité, par laquelle l'un des époux se rapproche des parents de l'autre autant que celui-ci, a fait déterminer, par degrés [4], la distance de l'affinité, et d'après cette règle : l'on est allié à l'un des époux au même degré qu'on est parent de l'autre [5].

§ 142. 6. *Du domicile.*

a. *Notion du domicile.*

Le *domicile* (*domicilium*) est le lien où l'on a établi sa résidence fixe [6]. Le domicile est volontaire (*domicilium voluntarium*), lorsque le choix en dépend de notre volonté ; il est nécessaire (*domicilium necessarium*), lorsque, par une nécessité de la loi, nous sommes forcés de nous établir dans un lieu déterminé.

A. Deux conditions sont requises à la fixation du domicile volontaire :

1° Il faut que quelqu'un établisse réellement son domicile dans un lieu.

2° Qu'il ait l'intention d'y demeurer, jusqu'à ce que des raisons particulières le déterminent à le quitter. L'un de ces deux éléments ne suffit pas sans l'autre [7], et l'un et l'autre sont requis pour le *changement de domicile* [8].

B. Ont un domicile nécessaire : les bannis, au lieu de leur bannissement [9] ; les soldats, à celui où ils tiennent garnison [10] ; les fonctionnaires publics, à celui où ils exercent leurs fonctions ; les femmes mariées, au domicile de leur mari (*domicilium matrimonii*) [11], et les enfants, tant qu'ils sont sous la puissance de leur père, au domicile de ce dernier, s'ils ne l'ont pas établi ailleurs du consentement de leur père [12].

§ 143. b. *De la présence et de l'absence.*

I. Quant au domicile, l'homme est *présent* ou *absent*. L'absent est celui qui n'est pas présent à son domicile ; néanmoins, on regarde souvent comme absent celui qui, quoique présent à son domicile, est cependant, par un obstacle quelconque, par exemple par démence ou emprisonnement, empêché de l'exercice légal de ses droits [13]. L'absence réelle du domicile est d'ailleurs *nécessaire* ou *volontaire*, et dans l'une comme dans l'autre espèce, le motif bon ou du moins non blâmable, ou le mauvais motif n'est souvent pas sans influence. D'après cela, on distingue l'absence en honnête, en irréprochable et en déshonorante [14].

II. Relativement à la *prescription*, les parties sont *présentes*, lorsqu'elles ont toutes deux leur domicile dans la même province ; elles sont *absentes*, lorsqu'elles sont domiciliées dans des provinces différentes [15].

---

[1] La parenté double peut aussi s'établir par l'adjonction de la parenté naturelle à la parenté civile; par exemple, lorsqu'un ascendant adopte son descendant.

[2] Fr. 4, § 3, D. XXXVIII, 10. — Les époux entre eux ne sont pas alliés, pas plus que les parents des époux entre eux.

[3] C'est aussi ce que confirme le fr. 4, § 5, D. XXXVIII, 10, en disant: « *gradus affinitatis nulli sunt.* »

[4] Le jurisconsulte Paul, fr. 10, pr. D. ibid., pouvait donc dire : « *jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet.* »

[5] C. 3, C. XXXV, quest. 5. — C. 13, 14, C. XXXV, quest. 2.

[6] Dig. L, 1. — Code, X, 39. — Glück, *Comm.* t. VI, § 512-514. — Celui qui n'a pas de domicile fixe s'appelle, en droit, un *vagabond.*

[7] Fr. 17, § 13, D. L, 1 : « Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit. » — Cpr. fr. 27, § 1, D. ibid. — Const. 7, C. X, 39.

[8] Fr. 20, D. ibid. : « Domicilium *re et facto* transfertur, *non nuda contestatione.* »

[9] Fr. 22, § 3; fr. 27, § 3, D. ibid.

[10] Fr. 23, § 1, D. ibid.

[11] Fr. 22, § 1; fr. 38, § 3, D. ibid. — Cpr. fr. 5, D. XXIII, 2. — fr. 65, D. V, 1. — Const. 9, C. X, 39.

[12] Fr. 3, 4, D. L, 1. Le fr. 6, § 1, ibid. n'est pas contraire, car ce passage ne parle évidemment que du *forum originis* des Romains.

[13] Fr. 1, § 1; fr. 9, 10, 22, § 2, D. IV, 6.

[14] Cpr. Dig. IV, 6. — Glück, *Comm.* t. IV, § 467 et suiv.

[15] Const. 12, C. VII, 33. — Const. un. C. VII, 31. — Nov. 119, c. 7.

III. Quant à la présence qui est nécessaire dans une affaire juridique, le furieux et le fou sont aussi considérés comme absents, parce qu'en général ils sont incapables de se livrer à un acte juridique quelconque [1].

§ 144. 7. *De l'état et de la profession.*

La diversité de l'*état* et de la *profession* exerce également une grande influence sur le droit privé. Le droit romain, en accordant certains priviléges au soldat (*miles*), a surtout favorisé l'état militaire [2]. Il faut aussi compter au nombre des soldats qui ont droit à ces priviléges, les matelots sur les flottes, mais non les licenciés ni les recrues, ni les autres personnes employées à la suite d'une armée et qui ne sont pas soldats [3]. Ceux qui ne suivent pas la profession des armes sont désignés, en droit romain, sous le nom de *pagani*, et quelquefois aussi sous celui de *privati* [4].

§ 145. 8. *De la religion.*

Les hommes, d'après la religion à laquelle ils se reconnaissent appartenir, sont ou chrétiens (*fideles*), ou non chrétiens (*infideles*); les chrétiens se divisent en orthodoxes (*orthodoxi catholici*) et en hérétiques (*hæretici*); ces derniers sont ceux qui ne reconnaissent pas les dogmes des synodes œcuméniques [5]. Parmi les non-chrétiens, on distingue les *juifs* et les *apostats* (*apostatæ*). Les lois des empereurs romains chrétiens renferment des dispositions excessivement sévères contre les apostats et les hérétiques [6]. La position civile des juifs fut de tout temps et est encore aujourd'hui très-diverse [7].

§ 146. IV. *Comment finit l'existence d'une personne.*

L'existence d'une personne finit par sa mort, soit *physique* [8], soit *civile*. Relativement à la vie et au décès d'un homme, il faut remarquer :

I. Il est une règle d'après laquelle ni la vie ni le décès d'un homme n'est présumé; celui qui prétend qu'un homme a existé, doit en fournir la preuve, et lorsque celle-ci est faite, il est présumé vivre jusqu'à ce que le décès ait été prouvé [9]. Néanmoins, d'après le droit commun en vigueur aujourd'hui en Allemagne, un absent, de la vie et du séjour duquel on n'a point de nouvelles, peut être déclaré mort par le juge, sur la demande des intéressés, en prouvant qu'il aurait atteint l'âge de 70 ans, s'il était encore en vie [10]. En droit français, la présomption de la mort d'un absent ne prédomine que lorsqu'il s'est écoulé 100 ans depuis sa naissance [11].

II. Si plusieurs personnes périssent vers le même temps [12], sans que l'on puisse déterminer laquelle est décédée la première, il faut distinguer :

a) S'agit-il d'enfants et de parents, sans distinction du genre de mort, alors l'enfant impubère est réputé mort avant les parents, l'enfant pubère, après eux [13].

b) Mais s'agit-il de personnes qui ne sont pas respectivement parents et enfants, et si le droit de l'une d'elles est, par sa nature, subordonné à la condition du décès de l'autre (par exemple, en cas de succession ou de legs), ce droit ne peut être invoqué, sans prouver le décès antérieur de l'autre [14]; mais une personne a-t-elle reçu d'une autre une chose dont

---

[1] Fr. 124, § 1, D. L, 17. — Fr. 209, D. L, 16. — Fr. 2. § 3, D. XXIX, 7.

[2] Dig. XXIX et XLIX, 16. — Code, XII, 36.

[3] Fr. un. § 1, 2, D. XXXVII, 13. — fr. 4, 42, D. XXIX, 1. — Const. 16, C. VI, 21.

[4] Par exemple, Const. 19, C. II, 3. — Const. 1, C. IX, 24. — Cpr. Lampridius, *In vita Alexandri Severi*, c. 58 : « nec unquam ad *privatos* pertinerent. »

[5] Nov. 131, c. 1.

[6] Code, I, 5, 7, 9, 11. — Code Theod. XVI, 7, 8, 10.

[7] C. G. Haubold, *Orat. de statu Judæorum publico sub imperio Romanorum*. Lips. 1819. Dans ses *Opusc.* ed. Wenck et Stieber, vol. II, p. 457. — Dav. Henr. Levyssohn, *Diss. de Judæorum sub Cæsaribus conditione et de legibus eos spectantibus*. Lugd.-Bat. 1828.

[8] On l'appelle ordinairement mort *naturelle*; mais cette expression est souvent opposée à la mort *violente*.

[9] Leyser, *Medit. ad Pandect.* Spec. 95 et 96, et Hofacker, *Princ. jur. rom. germ.* § 1681, parlent de la preuve du décès.

[10] Le droit romain indique quelquefois l'âge de 100 ans comme l'âge le plus long; mais le fr. 56, D. VII, 1, ne se rapporte qu'à la durée d'un usufruit concédé à une communauté, et la const. 23, pr. § 1, C. I, 2, à la prescription qui court contre les églises et les institutions pieuses; ces deux passages n'appartiennent donc pas ici.

[11] Code civil, art. 129.

[12] G. Tobias, *De rationibus decidendi Jctor. Romanorum in dubiis ex incerto mortis instante commorientium*. Traj. ad Rhen. 1810. — Th. Gædeke, *De jure commorientium ex disciplina Romanorum*. Rostochii et Güstrovii, 1830.

[13] Les passages suivants offrent des applications de cette présomption : fr. 9, § 1, 2, 4; fr. 16, pr.; fr. 23, D. XXXIV, 5. — fr. 26, pr. D. XXIII, 4. — Le fr. 17, § 7, D. XXXVI, 1, offre une exception.

[14] Les fr. 9, pr.; fr. 16, 17, 18, pr. D. XXXIV, 5, contiennent des applications.

l'acquisition irrévocable dépend de la non-révocation de l'acte, sa vie durant, alors, dans le doute, le donateur est présumé mort le premier, et il n'y a pas lieu à répétition ce qui a été donné ; tel est le cas d'une donation entre époux (*donatio inter virum et uxorem*), et d'une donation à cause de mort (*donatio mortis causa*) [1].

CHAPITRE II.

DES PERSONNES JURIDIQUES.

§ 147. I. *Notion de la personne juridique en général.*

Tout ce qui, dans l'Etat, outre l'homme, est regardé comme pouvant avoir des droits propres, est une personne *juridique*, *morale* ou *fictive* [2]. Aux personnes morales appartiennent l'Etat lui-même, le prince, toutes les fois qu'il est regardé comme détenteur de la puissance souveraine [3] ; tout emploi public, considéré sous le rapport des droits qui y sont attachés, et le trésor public ou le fisc ; ensuite, les communautés de toute espèce, toutes les fondations pieuses (*piæ causæ*) reconnues et autorisées par l'Etat ; enfin, l'hérédité d'un défunt, aussi longtemps qu'aucun héritier ne l'a acquise (*hereditas jacens*) [4].

§ 148. II. *Des communautés en particulier* [5].

Une communauté (*universitas, corpus, collegium*) est une réunion de plusieurs personnes dans un but, dont la durée excède en règle générale la vie des membres qui composent l'association, autorisée par l'Etat et reconnue comme personne morale. La communauté *considérée comme un tout*, est ici personnifiée et se présente ainsi comme capable d'acquérir des droits pour soi, et entièrement distincte de ses membres, regardés comme personnes physiques.

1. Une telle communauté ne peut prendre naissance qu'avec l'autorisation de l'Etat, et le droit romain exige, pour son institution, le concours d'au moins trois personnes ; ce nombre n'est plus requis pour sa continuation [6].

2. Une fois légalement constituée, une communauté reste la même personne morale, quoique les membres qui la composent viennent à changer [7].

3. Une communauté peut, comme personne morale, posséder et acquérir des droits pour elle-même, et tous les droits indispensables à son existence lui appartiennent du moment où elle est valablement constituée. Elle a donc le droit de recevoir de nouveaux membres, de nommer des chefs et d'autres fonctionnaires, d'avoir une caisse commune, et de faire des statuts [8]. Aujourd'hui, l'on reconnaît également aux communautés dont les intérêts sont gérés par des chefs, les droits accordés aux mineurs (*jura minorum*) [9]. Le prince peut encore conférer d'autres prérogatives à une communauté ; par exemple, une juridiction particulière, un droit de succession dans l'hérédité vacante de ses membres, des priviléges et d'autres franchises [10].

4. De même qu'une communauté peut avoir des droits actifs sur des biens, c'est-à-dire la

---

[1] Fr. 8; fr. 9, § 3, D. XXXIV, 5. — fr. 32, § 14, D. XXIV, 1. — fr. 26, D. XXXIX, 6.

[2] Schweppe, *Ræm. Privatrecht*, 4e édit. P. I, § 77-83.

[3] Fr. 56, 57, D. XXXI. — fr. 20, § 1, D. XXXIII, 1. — Nov. 134, c. 6.

[4] Fr. 34, D. XLI, 1. — § 2, J. II, 14. — fr. 31, § 1, D. XXVIII, 5. — fr. 22, D. XLVI, 1.

[5] Dig. III, 4; XLVII, 22; L. 1, 4, 5, 6, 8, 9. — Code, X, 40-68; XI, 29-39. — Wassenaer, *Diss. ad tit. Dig. de colleg. et corp.*; dans Fellenberg, *Jurispr. antiq.* 1. I, p. 397. — C. S. Zachariæ, *Lib. quæst.* Viteb. 1805, quest. 10.

[6] Fr. 1, pr. § 1 ; fr. 3, § 1, D. XLVII, 22. — fr. 1, pr. D. III, 4. — fr. 85, D. L, 16 : « *Neratius Priscus tres facere existimat collegium.* » — fr. 7, § 2, D. III, 4.

[7] Fr. 7, § 2, D. III, 4. « In universitatibus nihil referi, utrum omnes iidem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur posse eum convenire et conveniri : quum jus omnium in unum reciderit et stet nomen universitatis. »

[8] Fr. 1, § 1, D. III, 4. — Cpr. fr. 1, § 2; fr. 18, D. L, 4.

[9] Arg. const. 3, C. XI, 29. — Const. 4, C. II, 54. — Const. 3, C. XI, 31.

[10] Const. 8, C. VI, 24.

propriété, des droits réels et des créances, de même elle peut contracter des obligations. Toutefois, ces droits et ces obligations n'appartiennent pas aux membres de la communauté pris individuellement, mais à l'association considérée comme personne morale [1], quoique les membres puissent avoir un droit de jouir des biens de la communauté, d'après leur destination particulière [2].

5. Les intérêts de la communauté qui ont trait au but commun qu'elle s'est proposé et à ses biens, sont décidés par la personne morale de la communauté qui prononce au moyen d'une décision qu'elle prend (*conclusum universitatis*). La manière de parvenir à une décision dépend, en premier lieu, des statuts de la communauté, et dans le cas où ceux-ci n'ont rien déterminé à cet égard, tous les membres qui ont voix délibérative doivent être convoqués; la décision de la majorité des membres présents forme la volonté de la communauté, à laquelle les dissidents et les absents doivent se conformer [3]. C'est de cette manière que peuvent être prises les décisions sur l'aliénation et le partage des biens communs entre les membres de l'association, en observant néanmoins les règles tracées par la loi pour l'aliénation des biens des mineurs [4].

6. Une communauté prend fin lorsqu'elle perd tous ses membres, ou lorsque l'Etat en prononce la dissolution [5]. Dans ce cas, si elle a été instituée dans un but d'utilité publique, ses biens appartiennent à l'Etat; mais si elle n'avait qu'un but particulier, ses propriétés se partagent entre les membres dont elle se compose au moment de sa dissolution.

§ 149. III. *Du fisc.*

Le trésor public, opposé à la fortune particulière du prince, s'appelle le *fisc* [6], qui est toujours considéré, en droit, comme une personne morale. Non-seulement il a droit à tous les revenus ordinaires et extraordinaires de l'Etat, auxquels appartiennent aussi les biens vacants (*bona vacantia*), mais encore à beaucoup d'autres prérogatives et priviléges [7], que nous indiquerons chaque fois que la matière s'y rapportera. Il nous suffira de donner ici cette règle générale, que dans les contestations qui s'élèvent entre les sujets et le fisc, il faut toujours, en cas de doute, prononcer *contre le fisc* [8].

§ 150. IV. *Des établissements de bienfaisance.*

Un établissement de bienfaisance (*pia causa*) est, en général, toute institution fondée dans le but de propager la piété, de secourir des personnes nécessiteuses, de les instruire et les élever ou de répandre les arts et les sciences [9]. Mais ces établissements ne peuvent être regardés comme personnes morales, que lorsque l'Etat les a autorisés ou confirmés, et reconnus par là comme telles [10]; dans le cas contraire, ils n'ont aucune capacité légale et ne peuvent rien acquérir. Néanmoins, l'autorisation de

---

[1] Fr. 7, § 1, D. III, 4 : « Si quid universitati debetur, singulis non debetur : nec quod debet universitas, singuli debent. » § 2, J. II, 1. — fr. 6, § 1, D. I, 8.

[2] Ces biens s'appellent alors *res universitatis* dans un sens restreint, en opposition à *patrimonium universitatis*, dont chacun ne peut user, mais dont les revenus servent à suffire aux besoins de la communauté.

[3] Fr. 160, § 1, D. L, 17. — Const. 5, C. X, 65. — Const. 3, C. XI, 31. — Nov. 120, c. 6, § 1, 2. — Cap. 1, 3, 4, X. 3, 11. — Cap. 42, X. 1, 6. On pense généralement que pour la décision d'une communauté, lorsque la constitution n'a rien statué, les deux tiers des membres doivent être présents, dont la majorité décide alors. — Glück, *Comm.* P. I, § 91. — Les fr. 19, D. L, 1; fr. 3, 4, D. III, 4; fr. 3, D. L, 9; Const. 2, 46, C. X, 31, sur lesquels on s'appuie, ne parlent que des curies dans les municipes romaines. La const. 46 citée « *nominationum,* » se trouve être la const. 45 dans quelques éditions.

[4] Les opinions des jurisconsultes sont très-divisées sur la question de savoir de quelle manière le partage des biens communs entre les membres de la communauté, ou un simple changement dans la jouissance, peut être résolu et exécuté. Il est des auteurs qui exigent toujours l'unanimité des voix des membres de la communauté; d'autres n'exigent que la majorité des voix. D'autres encore donnent même à tout membre le droit de demander le partage. — Nous pensons qu'un décret formel, confirmé par le prince, est nécessaire.

[5] Fr. 7, § 2, D. III, 4. — fr. 21, D. VII, 4.

[6] Paul, *Rec. Sent.* V, 12. — Dig. XLIX, 14. — Code Theod. X, 1. — Code Just. X, 1. — *Fragm. vet. jcti de jure fisci.* — M. A. Peregrinus, *De jure et privil. fisci.* Col. Agripp. 1663.

[7] Ces priviléges reviennent aussi, en droit romain, au patrimoine du prince et de la princesse. fr. 6, § 1, D. XLIX, 14. — Const. 3, C. VII, 37. — Brissonius, *De verborum signif.*, v° *ratio.*

[8] Fr. 10, D. XLIX, 14. — Cpr. cependant la Nov. 161, c. 2, et Edict. Justin. 4, c. 2, § 1.

[9] Code, I, 3. — Novelle 120.

[10] Il est des jurisconsultes modernes qui ont voulu soutenir que, d'après les expressions de la const. 46, pr. C. I, 3, l'on pouvait, de son autorité privée, fonder des établissements de bienfaisance aussi bien par institution d'héritier que par legs; mais il est à remarquer que cette const. n'est pas glosée et c'est qu'une *lex restituta* (§ 70).

l'Etat peut être postérieure à la fondation de l'établissement, et elle acquiert alors un effet rétroactif jusqu'au temps de la fondation [1]. Une fois confirmé par l'Etat et reconnu comme personne morale, un établissement de bienfaisance peut non-seulement posséder des droits de toute espèce, acquérir entre vifs (*inter vivos*) aussi bien qu'à cause de mort (*mortis causa*), mais il jouit en même temps des priviléges accordés aux mineurs, tant à l'égard de la restitution en entier (*restitutio in integrum*), qu'à l'égard de l'aliénation de ses biens [2].

[1] Un établissement de bienfaisance, fondé et institué par un testament, doit donc être regardé comme capable de succéder, quand même l'autorisation aurait suivi la mort du testateur. Arg. fr. 62, pr. XXVIII, 5.

[2] Const. 35 in fine, C. ibid.—Const. 23, pr. C. I, 2.—Nov. 120, c. 1, § 2; c. 6, § 2.

SECTION III.

DES CHOSES.

§ 151. *Des choses en général.*

Il en est qui comprennent sous le mot *res* tout ce qui forme le patrimoine des particuliers (*quod est in bonis vel actionibus*) [1]. D'autres enseignent que le mot *res* a été caractérisé par le mode d'acquisition (*mancipatio, in jure cessio, traditio, usucapio*), dans les temps qui ont précédé Cicéron et que les idées de *res corporales et incorporales* n'ont pas existé. Il nous paraît que dans l'origine, le mot *res* n'a été appliqué qu'à des objets corporels, et que la désignation légale des choses n'a été que la conséquence de cette idée. Si l'on veut parler des espèces des choses, l'indication même de nos sources ne nous renvoie jamais qu'à des objets corporels (*corpora*) [2].

§ 152. *Des choses incorporelles.*

Les choses incorporelles (*res, quæ intelliguntur*, par opposition à *res, quæ sunt*) sont les droits [3]. Mais il est incertain quels droits les jurisconsultes romains ont voulu placer ici, c'est-à-dire sous le point de vue de choses incorporelles; les Institutes nous indiquent les *servitudes* [4], la *succession* et les *obligations* [5].

§ 153. *Des choses meubles et immeubles.*

Les choses corporelles sont *meubles* (*res mobiles*) ou *immeubles* (*res immobiles*).

Les choses meubles sont celles qui peuvent être transportées d'un lieu dans un autre, sans être endommagées dans leur substance et dans leur forme [6].

Les choses immeubles sont :

1. Celles que, d'après leur nature, il est physiquement impossible de déplacer, tels que les fonds (*prædia rustica, fundi*), ou qu'on ne peut transporter dans un autre lieu, sans détérioration; par exemple, des bâtiments (*prædia urbana, ædificia*) [7].

2. Il est des choses meubles que l'on considère sous le rapport légal comme immeubles : ce sont celles qui, par l'effet de la nature ou de l'art, sont tellement liées à une chose immeuble qu'elles en font partie [8], ou qui, par destination, servent à l'usage perpétuel d'une chose immeuble [9]. Il est cependant requis, dans ce dernier cas, qu'elles soient réellement

[1] D'après cela, les choses qui ne sont pas dans le commerce (*res extra commercium*) en sont exclues, mais les obligations y sont comprises. C'est ce qu'indique surtout le titre 2 des Inst. liv. II, et Théophile.

[2] Gajus, II, 1-17. — Inst. II, titre 1. — Dig. I, 8.

[3] Inst. II, titre 2. — fr. 1, § 1, D. I, 8.

[4] Il est certain que les Romains se plaisaient à donner le nom de *jura* aux servitudes. fr. 30, D. IX, 4. — fr. 13, § 1; fr. 19, pr. D. XXXIX, 2.

[5] § 2, J. II, 2. — Théophile, sur les § 2 et 3 cités. — fr. 1, § 1, D. I, 8. — fr. 1, § 7, D. XXXV, 2. — Cicéron, *Top.* ch. 5. — Sénèque, *Epîtres*, 58. — D'autres jurisconsultes comprennent également au nombre des choses incorporelles, celles qui sont corporelles d'après leur espèce, et qui font l'objet d'un droit d'après leur genre. Mühlenbruch, *Doctrina Pand.* § 91.

[6] Lorsqu'elles se meuvent par leur propre force, elles reçoivent aussi le nom de *res se moventes*; tels sont les esclaves et les animaux. Cpr. fr. 93, D. L, 16.

[7] Cpr. fr. 115, 211, D. ibid. — fr. 60, D. XLI, 1.

[8] Par exemple, l'arbre qui a pris racine dans un fonds, les fruits encore pendants, et tout ce qui, dans un bâtiment, est fixé à perpétuelle demeure (*vincta, fixa*). fr. 44, D. VI, 1 : « fructus pendentes pars fundi videntur. » — Cpr. fr. 13, § 31; fr. 15; fr. 38, § 2, D. XIX, 1.

[9] Fr. 17, § 7, D. ibid. — Cpr. fr. 17, pr. D. ibid. — fr. 242, § 2, D. L, 16.

employées au but anquel elles sont destinées, et qu'elles ne soient pas séparées de la chose immenble; sans cette condition, elles ne ponrraient être considérées comme choses immenbles [1]. Les choses meubles de cette espèce, envisagées dans leur rapport avec la chose immeuble à laquelle elles appartiennent, s'appellent *dépendances* (§ 159).

§ 154. ***Du genre et de l'espèce*** **(genus et species). — *Des choses fongibles et non fongibles.***

Dans le langage du drọit, on entend par *genre* (*genus*), plutôt une chose individuelle, désignée d'après le genre auquel elle appartient, et formant comme telle l'objet d'un droit, que tout un genre de choses; l'*espèce*, an contraire (*species*), est nne chose particnlière, déterminée d'après son individn [2]. C'est sur cette distinction qne repose la division des choses en *fongibles* et en *non fongibles*, dont les idées sont tont à fait relatives.

En effet, une chose est fongible lorsque, dans le rapport légal dont elle forme l'objet, on la considère plutôt d'aprés son genre on sa quantité que d'après son espèce, de sorte qu'on n'est tenu de la donner qn'en genre (*in genere*) ou en même quantité et qnalité (*in eadem quantitate et qualitate*) [3].

Une chose est non fongible, lorsqu'on la considère d'après son espèce, et qu'elle doit être donnée en espéce (*in specie*) [4].

Ainsi, 1° il est fanx de ne rapporter cette division qu'aux choses menbles, des choses immeubles pouvant également être considérées comme fongibles; par exemple, dans le legs que je fais d'nn fonds d'nne grandenr déterminée on d'une de mes maisons.

2° Il est encore faux de dire que les choses qui, dans le commerce journalier, sont d'ordinaire mesnrées, comptées on pesées (*quæ pondere, numero vel mensura constant*) soient toujonrs choses fongibles; en effet, quoiqu'elles le soient ordinairement, il se pent cependant qn'elles se présentent comme choses non fongibles [5].

3° Enfin, il est fanx de confondre totalement les choses fongibles avec les choses qui se consomment par l'nsage (*quæ usu consumuntur*); car, quoiqne généralement les choses qui se consomment par l'nsage puissent être remplacées (*in genere suo functionem recipiunt*), elles penvent cependant être considérées comme non fongibles, et de même des choses qni ne se consomment pas par l'nsage peuvent se présenter comme fongibles [6].

§ 155. ***Des choses individuelles et des universalités de choses*** **(nniversitates rerum) [7].**

Une on plusieurs choses individuelles, considérées en elles-mêmes et comme telles, s'appellent dans le langage dn droit, *res singulæ* on *singulares ;* celles-ci sont simples lorsqu'elles consistent en parties de même espèce naturellement liées ensemble (*corpus, quod in spiritu continetur, s. unitum*), par exemple, un animal, une pierre; elles sont composées, lorsque leur tont est formé de plusieurs parties diverses (*corpus, quod ex contingentibus constat s. connexum*), par exemple, nne maison, un vaisseau.

Lorsque plusienrs choses individnelles, distinctes les unes des antres, penvent cependant, sons nn rapport légal, être considérées comme un tout (*corpus, quod ex distantibus constat*), elles forment nne universalité de choses (*universitas rerum*) [8]. On distingne l'*universalité de fait* de l'*universalité de droit* (*universitas facti, universitas juris*). La première est nn ensemble de choses corporelles de la même espèce, qui se présentent comme un tont; par exemple, un troupean, un magasin [9]; la seconde, an contraire, est nn tout de choses de différentes espéces, corporelles

[1] Fr. 17, § 10, 11; fr. 18, § 1, D. XIX, 1. — fr. 66, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 41, § 12, D. XXX. — fr. 242, § 4, D. L, 16.

[2] Fr. 54, pr. D. XLV, 1. — fr. 30, § 6, D. XXX.

[3] Les choses qui sont considérées sous ce rapport, sont appelées dans le fr. 2, § 1, D. XII, 1 : « in genere suo magis recipiunt functionem per solntionem, quam specie. » C'est de là que l'on a formé le mot non-romain *res fungibiles*. Cpr. aussi pr. J. III, 14 (15). — L'expression *res usu consumptibiles* se rencontre dans la traduction latine d'un codicille grec, au fr. 101, pr. D. XXXII.

[4] Aug. Frid. Schott, *Pr. de rebus, quæ functionem recipiunt*. Lips. 1767, et dans ses *Opusc*. p. 212.

[5] Par exemple, fr. 30, § 6, D. XXX: « Si legetur pecunia, quæ in arca est, vel vinum quod in apothecia est. » L'*argent* nous montre de la manière la plus frappante que l'idée de choses fongibles est relative. Cpr. fr. 24, D. XVI, 3. — fr. 34, § 4, D. XXX. — fr. 4, D. XIII, 6. — fr. 37, D. XLV, 1.

[6] Par exemple, lorsqu'un cheval a été légué en genre; il en est de même de livres en feuilles.

[7] Mühlenbruch, *Observ. juris rom.* Regiom. 1818, chap. 1.

[8] Fr. 30, pr. D. XLI, 3. — Fr. 23, § 5, D. VI, 1.

[9] § 18, J. II, 20. — fr. 13, pr.; fr. 34, D. XX, 1. — fr. 1, § 3, D. VI, 1. — fr. 70, § 3, D. VII, 1.

aussi bien qu'incorporelles, et qui, prises eusemble, sont cousidérées comme formant tout un patrimoine ; par exemple, une hérédité, uu pécnle [1]. Cette distinction u'eat sujette à aucune objection ; mais elle perd de sa justesse, lorsque l'on soutient que la règle suivaute s'applique dans tous les cas à l'universalité dn droit, aans qn'il eu soit de même de l'universalité de fait : *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei*, c'est-à-dire, tout ce qui est acquis par les choses individuelles qui composent l'uuiversalité ou à leur place, appartient à cette universalité et peut être réclamé par celui qui a un droit sur elle ; car cette règle ue s'applique aussi à l'universalité de droit, que lorsque celle-ci est l'objet d'une succession universelle [2], et uou lorsqu'elle est l'objet d'une successiou particulière [3].

§ 156. *Des choses divisibles et indivisibles.*

Les choses sont *divisibles* ou *indivisibles*.

1. Uue chose corporelle est *physiquement divisible*, lorsque, sans être détruite entièrement, elle peut être partagée eu portions réelles, dout chacune, après le partage, forme un tont particulier et indépeudant. Les parties distinctes d'nne chose ainsi divisée s'appellent, dans le langage du droit romain, *partes certæ*, et ceux qui en possèdent les parties, possèdent *pro diviso*.

2. Une chose est *légalement* divisible, sans distinguer d'ailleurs si la division physique en est possible ou non, lorsque plusieurs persounes la peuvent posséder *en commun*, c'est-à-dire par parta *intellectuelles* (*partes incertæ*). Elles possèdeut alors *pro indiviso* ou *rem habent communem* [4].

Une chose est *légalement indivisible*, lorsqu'en droit l'idée d'une partie n'est pas concevable ; par exemple, lcs servitudes [5].

§ 157. *Des choses existantes et des choses futures* (Res existeutes et futuræ).

Cousidérées sous le rapport de leur existence, les choses sont ou existantea (*res jam existentes*), ou futures (*res futuræ*), lorsqne leur existeuce est eucore attendue ; peu importe d'ailleurs que celle-ci dépende du cours ordinaire de la nature, comme cela arrive pour les fruits, ou du hasard, comme dans la pêche [6].

§ 158. *De la chose principale et de la chose accessoire.*

Une *chose principale* (*res principalis*) est celle qui peut exister pour elle-même et par elle-même ; tout ce qui appartieut à une chose principale ou qui y est joint, est une *chose accessoire* (*res accessoria*). Anx choses accessoires appartient ce que le droit romain entend par *causa rei*, et les impenses que l'ou fait pour une chose (*impensæ in rem collatæ*).

§ 159. A. *Causa rei.*

1. *Des accessions.*

On eutend, en droit romain, par *causa rei s. omnis causa*, tout ce que celni qui revendique la chose priucipale a en outre le droit d'exiger du défendenr, ct uotammeut ce qu'il aurait eu, si sou adversaire u'avait pas retenu la chose. A cette catégorie appartiennent les *accessions* et les *fruits* de la chose [7].

On entend par accession tout ce qui, soit corporel, soit incorporel [8], s'est joint extérieurement à une chose et a été mis, soit par les forces naturelles, soit par la volonté humaiue, dans une telle liaison avec elle, qu'il doive être regardé comme partie et dépendance de la chose. Les *pertinences* d'une chose sont une espèce d'accession [9]. On entend surtout par là ces choses qui sout liéea à nne autre,

[1] § 6, J. II, 9. — fr. 1, § 1, D. XLIII, 2. — fr. 13, § 8, D. V, 3.

[2] Ainsi, nommément dans le cas de l'hérédité. fr. 20, pr. § 1, 2, 10, 12 ; fr. 22, D. V, 3. — Dana le cas du pécule, il n'y a d'application que quand il s'agit de sa déiation par voie de succession et de l'*actio de peculio*. fr. 3, § 5, 11, 14, D. XIV, 4. — Const. 1, C. XII, 37.

[3] Fr. 56, D. VI, 1. — fr. 32, § 2, D. XV, 1. — Const. 6, C. III, 32.

[4] Exemples : fr. 8, D. VI, 1. — fr. 6, § 1, D. VIII, 4. — fr. 25, § 1, D. L, 16.

[5] Fr. 17, D. VIII, 1.

[6] Fr. 15, pr. D. XX, 1. — fr. 11, § 3, D. XX, 4. — fr. 8, pr. § 1 ; fr. 34, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 11, § 18, D. XIX, 1. — fr. 73, D. XLV, 1. — fr. 17, pr. D. XXXII. — § 7, J. II, 20.

[7] Fr. 20, D. VI, 1. — fr. 35, 75, 246, § 1, D. L, 16. — fr. 31, pr. D. XII, 1.

[8] Aux accessions incorporelies appartiennent les *droits* inhérents à une chose : fr. 47-49 ; fr. 78, pr. D. XVIII, 1, ou ceux qui doivent assurer d'autres droits. fr. 91, § 4, D. XLV, 1. — fr. 43, D. XLVI, 3. — fr. 71, pr. D. XLVI, 1. — § 5, J. III, 20 (21).

[9] Val. Jo. Beselin, *Theoria generalis de pertinentiis*. Gœtt. 1782.

dans l'intention de les faire servir à son usage perpétuel. La loi ou la volonté de l'homme donne à une chose la qualité de pertinence [1], qui ne cesse que par une séparation complète de la chose à laquelle elle sert [2]. Au reste, les meubles aussi bien que les immeubles peuvent avoir des pertinences [3], et celles de ces derniers peuvent être, à leur tour, des choses meubles, immeubles ou incorporelles [4]. Le principe général suivant sur les pertinences ne doit pas être perdu de vue : toute disposition de la chose principale frappe aussi l'accessoire, à moins que le contraire n'ait été expressément stipulé [5].

§ 160. 2. *Des fruits.*

Dans le *sens propre* du mot, les *fruits* (*fructus*) ne sont que les productions corporelles organiques d'une chose [6]. Aussi longtemps que les fruits sont unis à la chose qui les produit, ils s'appellent fruits pendants par branches ou par racines (*fructus pendentes, stantes*) [7]; ils prennent, dans le cas contraire, le nom de fruits séparés (*fructus separati*), et lorsque celui qui dérive du propriétaire son droit de prendre les fruits de la chose, les a séparés et en a pris possession, par exemple, le fermier et l'usufruitier, ils s'appellent fruits perçus (*fructus percepti*) [8].

Dans le *sens impropre*, on entend aussi par fruits, les revenus provenant de l'usage ou de la jouissance de la chose, que l'on a concédée à un autre, aussi bien que ceux provenant de la privation de l'usage de la chose; tels sont les intérêts, les loyers et fermages [9].

Les fruits, dans le sens propre, se nomment aujourd'hui *fruits naturels* (*fructus naturales*) [10]; tous les autres revenus qui ne sont pas, à proprement parler, des fruits, mais qu'en droit on regarde comme tels, s'appellent *fruits civils* (*fructus civiles*).

§ 161. B. *Des impenses.*

De même que le demandeur est en droit d'exiger, avec la chose principale, les accessions et les fruits (*omnem causam rei*), de même il est obligé, d'un autre côté, de rembourser au défendeur les impenses que celui-ci a faites dans l'intérêt de la chose (*impensæ in rem collatæ*).

Les impenses sont *nécessaires* (*impensæ necessariæ*), lorsqu'elles ont été faites pour sauver la chose de la destruction ou pour la préserver de la détérioration; elles sont *utiles* (*impensæ utiles*), lorsqu'elles ont amélioré la chose elle-même et qu'elles en ont augmenté les revenus; toutes les autres impenses dont le but a été d'augmenter l'agrément que présente la chose, ou la jouissance personnelle du possesseur, sont des impenses *voluptuaires* (*impensæ voluptuariæ*) [11].

Les impenses nécessaires faites pour la chose d'autrui peuvent en général être répétées par celui qui les a faites, excepté par le voleur [12]; on ne peut établir de règle générale pour la restitution des impenses utiles; quant aux impenses voluptuaires, celui qui les a faites n'a d'autre droit que celui de les enlever (*jus tollendi*), lorsque après la réparation la chose présente encore quelque utilité, et si le pro-

[1] Fr. 13, § 31; fr. 14-18, D. XIX, 1.

[2] Fr. 17, § 11, D. XIX, 1. — fr. 41, § 12, D. XXX. — fr. 242, § 4, D. L, 16.

[3] Fr. 66, D. XXXII. — fr. 15, D. XXXIII, 6.

[4] Fr. 20, § 7, D. XXXIII, 7. — fr. 31, D. XXXII. — fr. 47-49; fr. 78, pr. D. XVIII, 1.

[5] Fr. 13, § 31; fr. 14-18, D. XIX, 1. — fr. 19, § 20; fr. 20, D. XXXIV, 2.

[6] Fr. 77, D. L, 16. Le part d'une esclave (*partus ancillæ*) n'est pas compté, en droit romain, au nombre des fruits, mais bien parmi les accessions. fr. 28, § 1, D. XXII, 1. — § 37, J. II, 1. — Dans d'autres passages, le mot *fructus* indique aussi le droit de percevoir les fruits d'une chose d'autrui; par exemple : fr. 33, pr. D. VII, 1. — fr. 57, § 1, D. ibid. — fr. 12, § 2, D. VII, 8.

[7] Fr. 26, § 1, D. XLVII, 2. — fr. 7, § 15, D. XXIV, 3. — fr. 27, pr. D. VII, 1. — fr. 44, D. VI, 1.

[8] Le fr. 13, D. VII, 4, reconnaît expressément la distinction des fruits en *fructus separati* et *percepti* : « Julianus ait *fructuarii fructus* tunc fieri, *cum eos perceperit, bonæ fidei autem possessoris* mox, quum a solo *separati sunt*. » Cpr. fr. 12, § 5, D. VII, 1. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1. — fr. 48, pr. D. LXI, 1. — Savigny, *Recht des Besitzes*, ou *Traité de la possession*, § 22 a. — Les fruits qui auraient pu être perçus, mais qui ne l'ont pas été par la faute du possesseur (*culpa possessoris percepti non sunt*), s'appellent aujourd'hui *fructus percipiendi*. § 2, J. IV, 17. — fr. 62, § 1, D. VI, 1.

[9] Fr. 29, D. V, 3. — fr. 34, D. XXII, 1 : « Usuræ vicem fructuum obtinent : et merito non debent a fructibus separari. » — Le fr. 121, D. L, 16, nous démontre clairement que les intérêts n'appartiennent qu'*improprement* aux fruits : « Usura pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est : quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. » — Cpr. fr. 36; fr. 38, § 13, D. XXII, 1. — fr. 62, pr. D. VI, 1. — fr. 88, § 3, D. XXXV, 2.

[10] On les distingue en *fructus mere naturales* et *industriales*. Cpr. fr. 45, D. XXII, 1. — fr. 48, pr. D. XLI, 1.

[11] Fr. 79, D. L, 16. — Cpr. D. XXV, 1. — Ulpien, VI, § 14-17.

[12] Fr. 1, § 4, D. XXXIII, 4. — Const. 5, C. III, 32. — fr. 13, D. XIII, 1. — Const. 1, C. VIII, 52.

priétaire ne préfère donner un dédommagement [1]. Une action en restitution des impenses n'a en général lieu que lorsque la loi l'accorde en termes exprès; par exemple, dans les jugements divisoires (*judicia divisoria*); dans tous les autres cas, la répétition des impenses s'exerce par la voie de l'exception ou de la rétention [2].

§ 162. *Des choses par rapport à leur propriétaire.*

A. *Des choses qui n'appartiennent à personne.*

Sous le rapport de la propriété, il est des choses qui n'appartiennent à personne (*res nullius*); il en est d'autres qui se trouvent dans la propriété d'une personne déterminée (*res alicujus*) [3].

Les choses qui n'appartiennent à personne, dans le sens étendu, sont :

1. Les choses communes à tout le monde (*res communes omnium*), c'est-à-dire les choses dont chacun peut bien avoir la jouissance et l'usage, dont on peut bien acquérir des parties individuelles, mais qui ne peuvent jamais être acquises en totalité [4].

2. Les *res nullius*, dans un sens plus restreint, c'est-à-dire les choses qui n'ont jamais eu de propriétaire, ou qui en ayant eu un, ont cessé d'être dans sa propriété contre sa volonté, et sans avoir passé dans celle d'autrui [5].

3. Les choses abandonnées (*res pro derelicto habitæ*), c'est-à-dire celles qui, ayant eu un propriétaire, ont été abandonnées par lui, sans avoir été transmises à une autre personne [6].

§ 163. B. *Des choses privées, de communauté et publiques.*

Les choses qui appartiennent à une personne déterminée, sont ou dans la propriété d'une ou de plusieurs personnes particulières, et alors elles sont des choses *privées* (*res privatæ*) [7]; ou dans la propriété d'une communauté, et alors elles sont *res universitatis* [8]; ou dans la propriété de l'Etat, et alors elles sont choses *publiques* (*res publicæ*). Si, dans ces deux derniers cas, l'usage et la jouissance en appartiennent à chaque membre de la communauté ou à chaque sujet, d'après la destination particulière de la chose, elle s'appelle *res universitatis* et *res publicæ*, dans un sens restreint [9]; mais si leur destination est de servir exclusivement à l'usage de la communauté ou de l'Etat et que les revenus en rentrent dans la caisse de la corporation ou de l'Etat, elles s'appellent *patrimonium universitatis* ou *civitatis* [10].

§ 164. C. *Des choses qui ne sont pas dans le commerce* (*res extra commercium*).

Les choses qui ne sont pas dans le commerce sont celles que les particuliers ne peuvent avoir ni de fait ni en droit. Ce sont :

1. Les choses de droit divin (*res divini juris*) qui étaient *sacrées*, *religieuses* ou *saintes* (*sacræ, religiosæ, sanctæ*) [11].

2. Parmi les *res humani juris*, celles qui étaient de droit public (*res publici juris*) et qui sont non-seulement celles qui sont *communia civitatum*, comme les théâtres, les cirques, mais encore celles dont l'usage est public, comme la mer, son rivage et les fleuves [12].

---

[1] Fr. 38, D. VI, 1.

[2] Fr. 48, D. VI, 1. — fr. 14, § 1, D. X, 3.

[3] Inst. II, 1. — Dig. I, 8. — Gajus, II, 1 et suiv.

[4] § 1, J. ibid. — fr. 2, § 1, D. I, 8. — fr. 51, D. XVIII, 1.

[5] § 12, 18, J. ibid. Il y a aussi des choses qui n'appartiennent à personne, mais que l'on croit appartenir à quelqu'un (*res quæ nullius in bonis sunt, sed alicujus in bonis esse creduntur*); telles sont les choses publiques et les choses d'une succession avant qu'un héritier soit connu (*res publicæ et res hereditariæ antequam aliquis heres existit*). fr. 1, pr. D. I, 8. — fr. 31, § 1, D. XXVIII, 5. — fr. 34, D. XLI, 1.

[6] § 47, J. ibid. — Cpr. D. XLI, 7.

[7] Fr. 1, pr. D. I, 8.

[8] § 6, J. II, 1. — fr. 6, § 1, D. I, 8.

[9] Fr. 15, D. L, 16. — Souvent, chez les Romains, l'expression de *res publicæ* est synonyme avec celle de *res communes omnium*; par exemple, dans les § 2, 4, 5, J. II, 1. — fr. 4, 5, D. I, 8.

[10] Le fr. 6, pr. D. XVIII, 1, nomme cette espèce de biens de l'Etat : *peculium populi*, et les oppose à ceux *quæ in publico usu habentur, ut Campus Martius.* — Cpr. fr. 17, D. L, 16.

[11] Les choses sacrées étaient consacrées aux divinités supérieures, tandis que les choses religieuses étaient abandonnées aux dieux mânes; Gajus, II, 4; mais Justinien ne rappelle pas cette origine toute païenne de la distinction qu'il conserve. — Gajus II, 4, 8, ne distinguait que deux espèces de choses qui fussent précisément de droit divin; la troisième espèce, celle des choses saintes, n'appartient au droit divin qu'improprement (*quodam modo*), à cause du respect qu'on leur doit, comme aux choses sacrées et religieuses.

[12] Inst. II, § 1-10.

SECTION IV.

DES DROITS ET DE LEUR POURSUITE.

§ 165.

Les droits sont ou *généraux*, c'est-à-dire qu'ils se basent sur le droit commun, ou *particuliers*, c'est-à-dire qu'ils sont introduits *ex singularitate juris*. Nous traiterons de ces derniers au chapitre second.

CHAPITRE Ier.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

§ 166.

Les droits peuvent être envisagés d'après le mode de les acquérir, de les conserver et la manière de les perdre [1]. La poursuite des droits en justice est un mode particulier de les conserver, et c'est sous ce point de vue que les Romains ont envisagé les droits dans la pratique. Nous en parlerons au chapitre III. En général, l'acquisition, la conservation et la perte des droits procèdent soit en vertu de la loi [2], soit d'actes volontaires [3] que l'on appelle actes juridiques. Ceux-ci sont *unilatéraux* ou *bilatéraux*, suivant que la volonté d'une seule personne suffit, ou que la volonté concordante de plusieurs personnes est requise : le testament est un acte unilatéral ; le contrat, au contraire, est un acte bilatéral.

[1] Fr. 41, D. I, 3 : « Totum autem jus consistit aut in acquirendo, aut in conservando, aut in minuendo.

[2] Il faut encore ranger ici les *fictiones juris ;* telle est la *fictio legis Corneliæ*, dont parle le fr. 12, D. XXVIII, 1, et le fr. 28, D. XXVIII, 6. — Alteserræ, *De fictionibus juris*, edit. nov. cur. J. T. Eisenhart. Halæ, 1769. — Chr. Gmelin, *Diss. de fictionibus jur. rom.* Tüb. 1787. — A. S. Reiding, *Diss. de fictionibus apud Romanos.* Grœning. 1829.

[3] Fr. 41, D. I, 3 : *Autem enim hoc agitur,* quemadmodum quid cujusque fiat, aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservat, aut quomodo alienet aut amittat. »

§ 167. *De la forme des actes juridiques.*

L'observation de la *forme* exigée par la loi est nécessaire à la validité de tout acte juridique. La forme est l'ensemble des prescriptions de la loi, de l'observation desquelles dépend en général la validité d'un acte juridique. Ces règles se rapportent tant au contenu et à l'objet de l'acte qu'aux solennités à observer au moment de sa passation ; les premières constituent la *forme intérieure*, les secondes la *forme extérieure*. Tels sont : l'écriture de l'acte, la présence de témoins et le concours de l'autorité [4]. En règle générale, le droit romain n'exige pas de formalités extérieures [5], mais dans les cas où il les requiert, leur observation est nécessaire, à peine de nullité de l'acte [6]. Lorsque l'observation de la forme extérieure

[4] La *confirmation* d'un acte par l'autorité est de deux espèces : tantôt elle est nécessaire à la validité de l'acte, par exemple, § 1, J. I, 11 ; const. 22, C. V, 37 ; const. 13, C. V, 71 ; tantôt elle n'est demandée que pour lui donner plus de sûreté. Par cette dernière, un acte nul par lui-même ne devient pas valable. — La confirmation d'un acte ne peut nuire au droit acquis d'un tiers, la clause *salvo jure tertii,* doit donc toujours être sous-entendue. — Phil. P. Brede, *Diss. de confirmatione actuum voluntariæ jurisdictionis.* Marburg. 1801.

[5] Fr. 4, D. XXII, 4. — Const. 28, C. II, 4.

[6] Const. 5, C. I, 14.

est révoquée en doute, celui qui la prétend exister, doit en fournir la preuve.

§ 168. *Des éléments constitutifs des actes juridiques.*

Quant aux éléments qui constituent un aete juridique, il y a une triple distinction à faire :

1. L'élément essentiel de l'acte et sans lequel il n'existe pas (*essentialia*); on ne peut y déroger par une convention [1]. Les conditions essentielles d'un aete légal se divisent elles-mêmes en *générales* et en *particulières;* les premières sont communes à tous les actes, les secondes sont celles qui distingnent un acte d'une espèce d'avec un aete d'une autre espèee.

2. L'élément qui, en supposant que l'acte ait été parfait d'après ses conditions essentielles, en est une *conséquence naturelle* (*naturalia*). Celui-ei existe sans qu'il soit besoin d'autre convention, mais il peut, par un accord particulier, être détruit et changé; dans ce cas, celui qui invoque cet accord, doit le prouver [2].

3. Les *clauses accessoires* de l'aete juridique (*accidentalia*). On entend généralement par là les clauses qui ne dérivent pas de la nature même de l'aete juridique, mais qui doivent toujours être déterminées, soit par convention, soit par testament. Les changements faits conventionnellement aux conséquences naturelles d'un aete juridique, sont aussi des clauses accessoires [3], et celui qui les invoque doit les prouver; excepté, cependant, lorsque la perfection et la validité de l'aete y ont été subordonnées; alors l'adversaire doit prouver que la clause accessoire n'a pas eu lieu ou n'a pas été exécutée [4].

§ 169. A. *Des conditions essentielles* [5].

1. *Sous le rapport de la personne.*

Tout acte juridique exige essentiellement pour sa validité, une *personne* capable de changer l'état de ses droits. Il faut donc :

1. Que cette personne jouisse de l'*usage de sa raison* et de la *liberté de sa volonté;* les enfants [6], les furieux, excepté dans des moments lucides, les fous [7], ceux qui sont en état d'ivresse complète [8] ou de colère [9] ne peuvent, dans cet état, se livrer à aucun acte juridique.

2. Il faut encore que cette personne soit reconnue dans l'Etat, comme *parfaite et indépendante;* c'est pour cette raison que ceux qui sont encore sous la puissance paternelle, sous tutelle ou curatelle, n'ont pas la faculté, par eux-mêmes, de concourir à des actes.

§ 170. 2. *Sous le rapport de l'objet.*

Quant à son *objet,* un acte juridique ne peut comprendre des choses qui n'ont ou ne peuvent avoir aucune existence dans la nature, mais bien celles qui n'existent pas encore ou qui peuvent exister dans l'avenir [10]; il en est de même des choses qui ne sont pas dans le commerce [11], et des actions physiquement ou moralement impossibles (*contra bonos mores*) [12].

L'objet de l'acte juridique ne doit pas être trop général et indéterminé, et son exécution ou sa prestation ne peut pas uniquement dépendre *de la volonté* du débiteur [13]. Il ne peut être contraire aux lois ni porter préjudice aux droits des tiers [14]; enfin, une promesse qui ne donne aucun avantage à celui auquel elle est faite, est nulle [15].

---

[1] Dans le cas même où cela arrive, les conséquences sont très-différentes. Cpr. par exemple : fr. 4; fr. 5, § 2; fr. 12, § 1, D. XXIII, 4. — fr. 1, § 45, 46, D. XVI, 3. — fr. 36, 38, D. XVIII, 1. — fr. 6, D. XLI, 6.

[2] Fr. 11, § 1, 2, D. XIX, 1. — fr. 5, § 4, D. XIX, 5. — fr. 24, D. XVI, 3. — fr. 3, D. XII, 1.

[3] Quant aux *accidentalia negotiorum, v.* plus loin, les §§ 178-186.

[4] C'est pour cette raison, que celui qui réclame des droits résultant d'un acte, doit prouver, si on lui oppose que l'acte a été conclu sous une condition qui n'en faisait point partie, que l'acte a été conclu purement et simplement ou que la condition a été accomplie. fr. 10, D. XLV, 1. — La glose sur la Const. 9, C. VIII, 36.

[5] Il ne peut être question ici que des conditions essentielles et communes à tous les actes.

[6] § 10, J. III, 19 (20).

[7] § 8, ibid. — Cpr. fr. 20, § 4, D. XXVIII, 1. — fr. 1, § 3, D. XLI, 2. — Const. 2, C. IV, 38. — Const. 9, C. VI, 22. — Const. 6, C. V, 70.

[8] Can. 7, C. XV, qu. 1. — Cap. 14, X, 3, 1.

[9] Fr. 48, D. L, 17.

[10] Pr. § 1, J. III, 19 (20). — fr. 15, pr. D. XX, 1. — fr. 11, § 3, D. XX, 4. — fr. 8, pr. § 1; fr. 34, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 11, § 18, D. XIX, 1. — fr. 73, D. XLV, 1. — fr. 17, pr. D. XXXII. — § 7, J. II, 20.

[11] § 2, J. III, 19, (20). — fr. 83, § 5, D. XLV, 1. — fr. 39, § 8-10, D. XXX.

[12] fr. 31, 185, D. L, 17 : « Impossibilium *nulla est obligatio.* » — fr. 26; fr. 35, pr. § 1; fr. 141, § 4, D. XLV, 1. — fr. 112, § 3, D. XXX. — fr. 7, § 3, D. II, 14. — Const. 6, C. II, 3.

[13] Fr. 8, D. XLIV, 7. — fr. 17; fr. 46, § 3; fr. 105, § 1; fr. 108, § 1; fr. 115, pr. D. XLV, 1. — fr. 71, pr. D. XXX. — Const. 1, C. V, 11. Sur les exceptions à cette règle, *v.* fr. 69, § 4, D. XXIII, 3. — Const. 3, C. V, 11. — fr. 24, pr. D. XIX, 2.

[14] Const. 5, C. I, 14.

[15] Fr. 61, D. II, 14. — fr. 15, pr. D. VIII, 1.

§ 171. 3. *Sous le rapport de la volonté et du consentement.*

Tout acte juridique requiert le concours de la volonté et du consentement des personnes contractantes.

Le consentement est : 1° *exprès*, lorsqu'il est exprimé verbalement ou par écrit, c'est-à-dire par des paroles ou par des signes qui remplacent les paroles [1] ;

2° Il est *tacite*, lorsque quelqu'un commet des actions qui n'admettent d'autre explication raisonnable, si ce n'est qu'il a voulu donner son consentement à un acte [2] ;

3° Le consentement donné postérieurement à la passation d'un acte s'appelle *ratification* (*ratihabitio*) qui, en règle générale, a les mêmes effets que le consentement qui précède [3].

§ 172. 4. *Des causes qui vicient le consentement.*

Il ne suffit cependant pas que quelqu'un fasse déclaration de volonté ; son consentement doit encore être *libre* et *sérieux*. Les causes qui empêchent la libre manifestation du consentement, sont : l'*erreur*, le *dol*, la *violence* et la *simulation*.

§ 173. a. *De l'erreur et de l'ignorance.*

Quoique différentes d'après leur notion, l'erreur et l'ignorance (*error et ignorantia*) se ressemblent cependant quant à leurs conséquences légales. L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux, ou à croire faux ce qui est vrai ; l'ignorance consiste seulement dans l'absence totale de connaissance de telle ou telle chose. L'erreur ou l'ignorance qui se rapporte à un point de droit, s'appelle erreur ou ignorance de droit (*error s. ignorantia juris*) ; celle qui se rapporte, au contraire, à un point de fait, se nomme erreur ou ignorance de fait (*error s. ignorantia facti*) [4]. Il importe d'établir quelques principes sur l'influence qu'exercent l'erreur et l'ignorance sur les actes juridiques.

I. Il est des cas où l'erreur et l'ignorance, peu importe d'ailleurs qu'elles soient de droit ou de fait, n'exercent pas la moindre influence ; aucune réclamation d'erreur n'est admise ; elle tourne toujours au préjudice de celui qui agit [5].

II. Il y a d'autres cas où l'on peut revenir sur l'erreur qui ne porte alors jamais préjudice, qu'elle soit de droit ou de fait [6].

III. Dans tous les autres cas, il faut distinguer entre l'erreur de droit (*error juris*) et l'erreur de fait (*error facti*).

A. L'*erreur de droit* nuit dans tous les cas où elle aurait pu être évitée en consultant un jurisconsulte (*error juris nocet*) [7] ; mais si celui qui invoque l'erreur est excusable, parce qu'il n'a pu s'éclairer sur son droit (*si copiam jcti non habuit*), alors il faut distinguer : 1° l'erreur lui fait perdre un avantage (*lucrum s. compendium*), et alors elle lui préjudicie [8] ; 2° il risque de perdre une partie de sa fortune acquise (*damnum*) ; il ne peut, dans ce cas, répéter ce qu'il a *déjà payé* par erreur de droit (*damnum rei amissæ*) [9], mais aussi il n'est pas tenu à prester *ce qu'il a promis par erreur* (*damnum rei amittendæ*) [10] ; 3° ces règles générales souffrent exception lorsqu'il s'agit de *mineurs*, de *soldats* et de *paysans*, auxquels l'erreur de droit ne nuit jamais, qu'ils en aient retiré des bénéfices ou qu'ils aient éprouvé des pertes, et eût-elle même pu être évitée [11] ;

[1] Fr. 38, D. XLIV, 7 : « Placuit non minus valere quod *scriptura*, quam quod *vocibus* lingua figuratis significaretur. » — fr. 52, § 10, D. ibid : « Sed et *nutu solo* pleraque consistunt. »

[2] Fr. 5, D. XLVI, 8 : « Non tantum verbis ratum haberi potest sed etiam *actu*. » — fr. 20, pr. D. XXIX, 2. — § 7, J. II, 19. — fr. 2, § 1 ; fr. 57, pr. D. II, 14. — fr. 3, § ult. D. XX, 4. La règle ordinaire, *qui tacet, consentit*, ne peut valoir comme règle générale. fr. 142, D. L, 17 : « Qui tacet non utique fatetur. » — fr. 8, § 1, D. III, 5.

[3] Fr. 12, § 4, D. XLVI, 3 : « *Ratihabitio mandato comparatur*. » — fr. 16, § 1, D. XX, 1. — fr. 20, pr. D. XIII, 7. — Const. 7, pr. C. IV, 28. — Const. 25 in fine, C. V, 16.

[4] Dig. XXII, 6.—Code, I, 18.—Cujas, *Recit. ad tit. Dig.*, dans ses *Opp.* t. VII, p. 9.8 et suiv. — Duarenus, *Comment. ad Cod.* I, 18. — Doneau, *Comm. juris civilis*, I, 18-23. — G. M. Roth, *Nonnullæ observat. ad tit. Dig. de juris et facti ignorantia*. Gœtt. 1804.

[5] Par exemple : fr. 4, 15, D. XXVIII, 1. — Const. 12, C. VI, 23. — § 12, J. I, 10. — Const. 1, 6, C. V, 6. — Const. 5, 9, C. I, 14. — Const. 4, C. V, 5.

[6] Par exemple : fr. 19, 20, D. XXXIX, 3. — fr. 22, D. XXIX, 2. — Const. 4, 5, 8, C. I, 18.

[7] Fr. 9, pr. § 3, D. XXII, 6. — fr. 10, D. XXXVII, 1. — Const. 9, C. I, 14. — Const. 12, C. I, 18.

[8] Fr. 7 ; fr. 9, § 5, D. XXII, 6. — Const. 9, C. VI, 50.

[9] Fr. 32, § 2, D. XII, 6. — Const. 10, C. I, 18. La plupart des auteurs sont d'une opinion contraire, mais la const. 10 citée leur est opposée.

[10] Fr. 8, D. XXII, 6. — fr. 36, D. XLV, 1. — fr. 5, § 1, D. XIX, 1.

[11] Sur les mineurs et les soldats, v. fr. 9, pr. § 1, D. XXII, 6. — fr. 7, § 6, D. IV, 4. — Const. 1, 11, C. I, 18. — Const. 2, C. II, 33. — Const. 22, pr. C. VI, 30. — Const. 5, C. IX, 23. — Sur les habitants des campagnes (*rustici*) : fr. 1, § 5, D. II, 13. — fr. 2, § 7, D. XLIX, 14. — fr. 3, § 22, D. XXIX, 5. — Const. 8, C. VI, 9.

lorsqu'il s'agit de *femmes*, auxquelles cette ignorance coupable ne peut être opposée dans le cas où il s'agirait de prester ce qui a été promis (*damnum rei amittendæ*); l'erreur, au contraire, leur nuit lorsqu'elles ont fait un bénéfice ou payé (*lucrum, damnum rei amissæ*) [1], à moins cependant que le payement n'ait été fait en vertu d'une obligation radicalement nulle [2].

B. En règle générale, *l'erreur de fait* ne nuit pas, ni lorsqu'il s'agit de bénéfice ni lorsqu'il s'agit de perte [3]; il est cependant requis qu'elle ne repose pas sur une négligence grossière, impardonnable [4]; mais même, dans ce cas, l'erreur d'un propre fait (*error facti proprii*) doit être accompagnée de circonstances aggravantes [5]. D'un autre côté, il ne faut pas précisément avoir agi avec une circonspection trop timide pour éloigner de soi les conséquences nuisibles de l'erreur [6].

IV. En général, celui qui invoque l'erreur doit la prouver, à moins qu'il n'appartienne aux personnes que la loi favorise particulièrement, ou qu'une présomption milite en sa faveur [7].

§ 174. b. *Du dol* [8].

Le dol (*dolus*) est, en général, toute altération intentionnelle de la vérité, pour engager un autre à commettre une action que sans cela il n'aurait pas commise. Dans ce sens large, le droit romain distingue le *dolus bonus* du *dolus malus*. Le premier est celui que l'on emploie pour se défendre soi-même contre les attaques injustes d'autrui ou dans un autre but licite; par exemple, lorsqu'on cache la vérité pour retenir un furieux d'un acte qui porterait préjudice soit à lui-même soit à d'autres [9]. Le *dolus malus* ou *dolus* simplement, existe toujours lorsque, sciemment et à dessein, on cherche à nuire à autrui par des manœuvres frauduleuses ou par tout autre moyen contraire à la loi; le dol, en un mot, est ce que nous appelons supercherie, tromperie ou fraude [10].

§ 175. c. *De la violence et de la crainte* [11].

La violence (*vis*) et la crainte (*metus*) sont en général dans le même rapport que la cause et l'effet. La violence consiste dans la menace d'un mal pour engager quelqu'un à commettre, par la crainte qu'elle produit, un acte qui lui est préjudiciable [12]. La violence n'a d'influence sur un acte juridique, que lorsqu'elle est injuste [13], et lorsque le mal ou la menace qui donne naissance à la crainte est de nature à faire impression sur une personne raisonnable [14].

§ 176. d. *De la simulation.*

La simulation existe chaque fois que l'une des parties ou toutes les deux déguisent ou cachent la vérité, ou donnent à leurs actes une apparence qu'ils n'ont pas [15]; il importe d'ailleurs peu que leur intention, en agissant ainsi,

---

[1] Fr. 2, § 7, D. XLIX, 14. — fr. 8, 9, pr. D. XXII, 6. — Const. 3, 10, 13, C. I, 18.

[2] De cette manière, on concilie facilement la const. 10, C. I, 18 et la const. 9, C. IV, 29. — Rosshirt pense que la const. 9 doit être autrement interprétée, puisqu'il peut arriver des cas où l'ignorance semble se rapporter au droit, tandis qu'en réalité elle se rapporte au fait. Cpr. fr. 32, § 2, D. XII, 6. — fr. 14, § 7, D. XI, 7. — fr. 27, § 1, D. III, 5. — Const. 11, C. II, 19.

[3] Fr. 2, 4, 8, 9, pr. D. XXII, 6. — fr. 1, § 1, D. XII, 6. — Const. 7, 10, C. I, 18.

[4] Fr. 3, § 1; fr. 6; fr. 9, § 2, D. XXII, 6. — fr. 5, § 1, D. XLI, 10. — fr. 15, § 1, D. XVIII, 1.

[5] Fr. 22; fr. 32, § 1, D. XII, 6.

[6] Fr. 6, D. XXII, 6.

[7] Fr, 25, pr. § 1, D. XXII, 3.

[8] Dig. IV, 3. — Code, II, 21. — Paul, *Sent. rec.* I, 8.

[9] Fr. 1, § 3, D. IV, 3. — Ever. Otto, *Diss. de dolo bono, ad L.* 1, § 3, *D. de dolo malo.* Duisburg. 1720. — J. H. Schott, *De dolo malo.* Lugd.-Bat. 1814.

[10] Fr. 1, § 2, D. ibid : « Labeo sic definiit, dolum malum esse omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est. » Cpr. fr. 7, § 9, D. II, 14. — fr. 7, § 3, 8; fr. 8; fr. 9, § 2; fr. 37, D. IV, 3. — fr. 6, § 9; fr. 11, § 5, D. XIX, 1. — fr. 35, § 8; fr. 57, § 3, D. XVIII, 1. — fr. 16, § 1, D. XIX, 5. — fr. 2, § 3, 5, D. XLIV, 4. — fr. 36, D. XLV, 1. — fr. 23, D. L, 17.

[11] Dig. IV, 2. — Code, II, 20; VII, 67. — J. B. de Tiennes, *De eo quod metus causa gestum erit jure romano.* Lovan. 1824.

[12] Fr. 1, 2, D. IV, 2. — En droit romain, le mot *vis* n'indique que la violence physique, et *metus* toute autre menace, et par conséquent aussi la violence morale.

[13] Fr. 3, § 1, D. ibid. La violence illégale est assimilée au dol. fr. 14, § 13, D. ibid. — fr. 2, § 8, D. XLVII, 8.

[14] Fr. 5, 6, D. IV, 2. « Metus non vani hominis, sed qui merito et in constantissimo homine cadat. » — fr. 7, 9, D. ibid. — Const. 9, C. II, 20. La seule crainte révérentielle envers d'autres personnes (*metus reverentialis*) ne nuit en rien. fr. 1, § 6, D. XLIV, 5. — Const. 6, C. II, 20.

[15] Fr. 30, D. XXIII, 2. — fr. 12, D. XXXIX, 3. — fr. 55, D. XVIII, 1. — fr. 3, § 2, D. XLIV, 7. — Const. 17, C. IV, 29. — Code, IV, 22.

soit bonne, indifférente ou mauvaise; dans ce dernier cas, la simulation prend la nature du dol [1].

§ 177. B. *De la nature des actes juridiques.*

La *nature* des actes juridiques comprend tout ce qui est, en droit, la conséquence et l'effet d'un acte, du moment où il est devenu essentiellement parfait, et sans que pour son exécution il soit besoin d'autres conventions. Les lois déterminent ces qualités naturelles des actes juridiques, leurs conséquences et leurs effets, qui sont censés exister jusqu'à ce que la preuve du contraire résulte d'une convention (§ 168). En principe général, on peut, par une convention, modifier la nature de ces actes, si la loi ne le défend expressément [2].

§ 178. C. *Des clauses accessoires des actes.*

Les modifications accidentelles d'un acte juridique doivent toujours être spécialement déterminées, soit par convention, soit par testament; elles ne se présument donc jamais, et celui qui les invoque doit toujours les établir. Elles se rapportent tant à la *modalité* de l'acte, c'est-à-dire à la manière et aux conditions sous lesquelles il doit être et rester valide, qu'à sa *confirmation*.

§ 179. 1. *De la modalité.*

a. *De la condition* [3].

On peut faire dépendre la validité et les effets d'un acte juridique d'une *condition* (*conditio*). La condition est un événement incertain [4], futur [5], qui ne fait pas encore partie de la nature de l'acte [6], et dont, par une volonté particulière, on fait dépendre certains droits.

La condition est :

1. *Suspensive* (*conditio suspensiva*) ou *résolutoire* (*conditio resolutiva*) [7], selon qu'on en fait dépendre le commencement ou la fin d'un acte juridique.

2. Elle est *positive* ou *négative*, selon que l'effet d'un acte dépend de ce qu'un événement arrive ou n'arrive pas.

3. La condition est *potestative*, *casuelle*, ou *mixte* (*potestativa, casualis, mixta*), selon que son accomplissement dépend de la volonté de celui dont le droit y a été subordonné, ou du hasard, ou des deux à la fois [8].

4. Elle est *possible* (*conditio possibilis*), ou *impossible* (*conditio impossibilis*) ; cette dernière se divise à son tour en condition *physiquement* impossible et en condition *moralement* impossible, selon que son accomplissement est contre la nature ou contre les lois et les bonnes mœurs [9].

Aussi longtemps qu'il est douteux, si telle condition s'accomplira, on dit : *conditio pendet*; si elle est réellement arrivée : *conditio existit*, et lorsqu'il est certain qu'elle n'arrivera pas : *conditio deficit*.

§ 180. b. *Du terme.*

On peut à volonté ajouter un *terme* (*dies*) à un acte. Le terme est *dies a quo*, ou *dies ad quem*, selon qu'il fait commencer ou cesser l'effet d'un acte [10]. Dans l'un comme dans

---

[1] Fr. 7, § 9, D. II, 14. — fr. 49, pr. D. XIX, 1.

[2] Par exemple : fr. 11, § ult. D. XIX, 1. — fr. 70, D. XVII, 2. — fr. 4, D. XIII, 7.

[3] Dig. XXVIII, 7 et XXXV, 1. — Code, VI, 46.

[4] Sur la *conditio necessaria*, v. fr. 9, § 1, D. XLVI, 2. — fr. 7, D. XLV, 1.

[5] Sur la *conditio in præteritum vel præsens collata* : § 4, J. III, 15 (16). — fr. 4, § 2, D. II, 14. — fr. 10, § 1, D. XXVIII, 7. — fr. 37, 39, D. XII, 1.

[6] Sur la *conditio intrinseca s. tacita*, qui découle de la nature même de l'acte et n'a par conséquent pas besoin d'être exprimée, v. fr. 21; fr. 41, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 3, D. XXX. — fr. 99, 107, D. XXXV, 1.

[7] En droit romain, un acte subordonné à une condition suspensive, s'appelle *negotium sub conditione* ou simplement *conditionale*; la condition résolutoire est désignée par l'expression : *conditio quæ resolvit*. Par exemple : fr. 2, pr. D. XVIII, 2. — fr. 2, § 3, 4, 5, D. XLI, 4. — fr. 3, D. XVIII, 1.

[8] Const. un. § 7, C. VI, 51.

[9] Sur la *conditio jurisjurandi* : fr. 8, pr. § 6, 7, D. XXVIII, 7. — fr. 29, § 2, D. XXIX, 1. — fr. 112, § 4, D. XXX. — fr. 14, § 1, D. XXXII. — fr. 20; fr. 26, pr.; fr. 97, D. XXXV, 1. — *Si divortium feceris* : Const. 5, C. VI, 25. — *Si non nupseris* : fr. 72, § 5; fr. 79, § 4; fr. 100; fr. 62, § 2; fr. 63, pr.; fr. 64, pr. D. XXXV, 1. — Const. 2, 3, C. VI, 40. — Nov. 22, c. 43, 44. — *Si nupseris* : fr. 10, pr.; fr. 15, pr.; fr. 63, § 1; fr. 28, pr.; fr. 71, § 1; fr. 101, pr. D. XXXV, 1. — fr. 23, D. XXVIII, 7. — Sur la *conditio viduitatis* : Zimmern, *Rechtsges.* t. 1, § 173. — La condition *religionis mutandæ et non mutandæ* n'est jamais regardée comme valable. Arg. Const. 5, C. VI, 25. Il est des auteurs qui professent une autre opinion.

[10] Les Romains désignent le *dies a quo* par ces mots : *stipulari ex die* ou *stipulatio confertur in diem*; et le *dies ad quem* par ceux-ci : *stipulari ad diem*. fr. 44, § 1, D. XLIV, 7. — § 2, J. III, 15, (16). — fr. 56, § 4, D. XLV, 1.

l'autre cas, le terme est *certain* (*dies certus*), lorsqu'il est certain qu'il arrivera et quand il arrivera, il est *incertain* (*dies incertus*), lorsqu'il y a incertitude sur l'un et l'autre élément, ou sur l'un des deux. En général, le terme incertain est regardé comme une condition [1]. Quant au *dies a quo*, il y a encore deux expressions à remarquer : *dies cedit*, le jour est venu où quelqu'un acquiert un droit ; *dies venit*, le jour est venu où il peut réclamer du débiteur l'objet du droit [2].

§ 181. c. *Du mode.*

Dans un acte il peut également se présenter un *mode*. On entend, en général, par là toute disposition accessoire à titre onéreux, par laquelle celui qui veut avantager un autre restreint sa promesse, en exigeant de lui et en l'obligeant à une prestation, en échange de ce qu'il reçoit [3]. Le mode peut exister aussi bien dans les actes de bienfaisance que dans les actes à titre onéreux [4] ; mais il est à remarquer que, dans les premiers, le donateur a, en cas de non-exécution du mode, le choix d'intenter son action soit en exécution, soit en restitution de ce qui a été donné [5] ; tandis que, dans les actes à titre onéreux, l'action se borne à demander l'exécution du mode ; mais rien n'oblige celui qui est tenu d'exécuter le mode à l'accomplir, lorsque lui seul y a intérêt [6].

§ 182. d. *De la cause.*

Tout acte juridique peut énoncer une *cause* (*causa*). On entend par ce mot le motif déterminant qui a engagé une personne à donner quelque chose à une autre [7]. En général, une fausse cause ne nuit pas (*falsa causa non nocet*) ; mais il en est autrement lorsqu'il est prouvé qu'une erreur y a donné lieu [8], ou lorsque la cause est exprimée en même temps comme condition, elle doit alors être envisagée comme telle [9].

§ 183. e. *Des pactes.*

Enfin, nous parlerons encore ici des conventions accessoires qui servent à déterminer et à modifier la convention principale (*pacta adjecta*). Ces conventions accessoires peuvent changer les conséquences de la nature légale de la convention principale (*detrahitur contractui*), ou bien introduire des dispositions qui, d'après la nature seule du contrat, n'auraient pas eu lieu (*adjicitur contractui*) [10] ; mais elles ne peuvent être contraires à une prohibition expresse de la loi [11]. Nous parlerons plus tard des diverses espèces de pactes.

§ 184. 2. *De la confirmation de l'acte.*

a. *Du serment.*

Le serment sert à donner une plus grande force à un acte juridique [12]. Le serment (*jusjurandum s. juramentum*), dans le sens étroit du mot, est une déclaration faite sous l'invocation de la Divinité, comme témoin de la vérité et vengeresse du mensonge et de la mauvaise foi employés sciemment. Le serment est prêté, soit pour donner plus de force à une promesse (*juramentum promissorium*), soit pour confirmer la vérité d'un fait allégué (*juramentum assertorium*). On se dispute sur la question de savoir quel effet le serment promissoire, le

[1] Fr. 75, D. XXXV, 1. — fr. 56 ; fr. 16, § 1. D. XII, 6. — fr. 45, § 3, D. XLV, 1. — fr. 4, pr. ; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2. Cpr. cependant les const. 2, 5, C. VI, 53.

[2] Fr. 213. pr. D. L, 16.

[3] Code, VI, 45 et VIII, 53. — fr. 17, § 4, D. XXXV, 1. Souvent, le mode contient en même temps une condition : par exemple. fr. 21 ; fr. 41, pr. § 1. D. XXIII, 3. — fr. 4, § 2, D. II, 14. — fr. 80, D. XXXV, 1 ; ou bien, il est exprimé comme condition, et alors l'acte devient lui-même conditionnel. — *V.* Lehman, *Diss. de modo negotiis adjecto*. Lips. 1833.

[4] Fr. 41, pr. D. XVIII, 1. — fr. 58, § 2, D. XIX, 2. — *V.* cep. Wæchter. *Doctrina de conditione causa data, causa non secuta*. Tübing. 18?2, p. 89.

[5] Const. 3, C. IV, 38. — Const. 9, C. VIII, 54. — Const. 1. C. VIII, 55. — Const. 2, 3, 8, C. IV. 6.

[6] Fr. 41, pr. D. XVIII, 1. — fr. 17, § 2 ; fr. 44, D. XL, 4. — fr. 13, § 2, D. XXIV, 1.

[7] § 31, J. II, 20. — fr. 3, D XXXIX, 5.

[8] Fr. 72, § 6, D. XXXV, 1. — fr. 9, pr. D. XXVIII, 5. — fr. 5. § 1, D. XIX, 1. — Const. 4. C. VI, 24.

[9] § 31, J. II, 20. — fr. 17, § 2, 3, XXXV, 1. — fr. 9, § 2 ; fr. 58, D. XVIII, 1.

[10] Fr. 7, § 5, 6, D. II, 14. — fr. 72, pr. D. XVIII, 1.

[11] Fr. 11, § ult. D. XIX, 1. — fr. 70, D. XVII, 2. — fr. 4, D. XII, 7. — Const. 3, C. VIII, 35.

[12] Dig. XII, 2. — Code, II, 59 et IV, 1. — Decret. II, 24. — Lib. Vitus, 2, 11. — Clem. II, 19. — Malblanc, *Doctrina de jurejurando*. Norimb. 1781 ; ed secunda. Tübing. 1820. — Jo. God. Quandt (pr. C. G. de Winckler), *Flores sparsi ad doctr. de jurejurando*. Lips. 1789. — Weber, *Von der natürlichen Verbindlichkeit*, § 118-123. — Glück, *Comm.* 12e partie, § 789 et suiv. — J. Alex. Mirus, *Observationes de jurejurando*. Berol. 1828. — Fr. Bayer, *Betrachtungen über den Eid*. Nuremb. 1829. — Fr. Jac. Müller, *Diss. de jurejurando canonico specialim promissorio*. Bonnæ, 1831.

seul qui appartienne ici, exerce sur la promesse elle-même. Ce qu'il y a néanmoins de certain, c'est qu'en droit romain il ne produit aucune obligation, mais ne sert qu'à renforcer l'obligation déjà existante, et qu'il est sans effet dans un acte nul par lui-même [1]; le droit canon, au contraire, établit ce principe, que tout serment prêté avec réflexion et liberté, lorsqu'il n'a point pour but une action illicite ou contraire aux droits des tiers, produit une obligation particulière envers Dieu, et que par là ce serment donne tous ses effets à une promesse qui civilement n'en produisait aucun [2].

§ 185. b. *De la clause pénale.*

La *clause pénale* (*stipulatio pœnæ*) est encore un moyen propre à assurer l'exécution des conventions. On entend par clause pénale toute prestation fixée par une convention accessoire et qu'un des contractants s'oblige à fournir à l'autre, dans le cas où il n'exécuterait pas, soit en tout, soit en partie, l'obligation que lui impose la convention principale [3]. Cette peine est encourue aussitôt que le débiteur se trouve en demeure d'exécuter l'obligation, et le créancier a alors le choix, soit de demander la peine stipulée, soit de poursuivre l'exécution de l'obligation principale [4]. Il ne peut demander en même temps la peine et le principal, à moins qu'il n'ait été ainsi expressément stipulé [5].

§ 186. c. *Des arrhes* [6].

Les *arrhes* (*arrha*) qui se rencontrent très-souvent dans les conventions [7], sont en général ce que l'un des contractants remet à l'autre pour mieux garantir la convention, soit avant, soit après la perfection de l'acte. Dans le premier cas, qui a lieu seulement lorsque, dans une convention réellement conclue, il a été stipulé qu'elle ne serait parfaite et obligatoire, que du moment où il en aurait été rédigé un acte et signé par les deux parties, dans ce cas, disons-nous, chacun des contractants est encore libre de se dédire; si celui qui a donné se dédit, il perd la chose donnée; si c'est au contraire celui qui a reçu la chose, il doit la restituer en double [8]. Dans le second cas, l'un des contractants ne peut en général se départir [9], à moins que les arrhes n'aient été convenues et données pour le cas de dédit (*arrha pœnitentialis*); celui qui a donné peut alors se rétracter en perdant les arrhes, et celui qui les a reçues, le peut en les restituant en double [10].

§ 187. *De la nullité des actes.*

La nullité d'un acte juridique résulte de l'absence d'une des conditions requises pour sa validité, se rapportant soit à la forme extérieure, soit au contenu de l'acte; elle est aussi la suite d'une infraction à la loi.

1. En droit romain, cette nullité a lieu en général de plein droit (*negotium ipso jure nullum, inutile*), quand même la loi ne la prononcerait pas expressément [11]; dans ces cas, l'acte est inexistant en droit (*nihil agitur*), et n'entraîne par conséquent pas les effets qu'il devrait avoir, alors même que les parties voudraient les lui attribuer; l'inexistence d'un acte est donc indépendante de toute déclaration judiciaire. Dans d'autres cas, un acte ne devient nul que lorsque l'une des parties ne veut pas qu'il sortisse ses effets (*ope exceptionis nullum*),

---

[1] Fr. 7, § 16, D, II, 14. — Const. 5, § 1, C. I, 14. —Sur l'*Auth. sacramenta puberum*, C. II, 28, v. Savigny. *Hist. du droit romain au moyen âge*, t. IV, p. 162.

[2] Cap. 28, X. 2, 24. — Cap. 2, *de pactis in VIto*. Si l'acte que le serment confirme appartient à ceux qui sont absolument défendus, ou s'il est nul, parce que le consentement des parties manque, la *relaxatio juramenti* a lieu : cap. 6, 8, 15, 20, X 2, 24. — On n'est pas d'accord sur la question de savoir si le droit canon s'applique à ceux qui professent la religion protestante.

[3] § 7, J. III, 15 (16). — § 19, J. III, 19 (20). — fr. 33, § 16, D. XLV, 1. — Const. 12, C. VIII, 38. Les Romains exigeaient à cet effet une stipulation, sans laquelle on n'aurait pu intenter aucune action.

[4] Const 14. C. II 3. S'il a été expressément convenu que le débiteur se libérerait de l'obligation par la prestation de la pénalité, celle-ci prend la nature de l'*arrha pœnitentialis* (§ 186).

[5] Fr. 10, § 1, D. II, 14. — Const. 17, C. II, 4. — fr. 115, § 2, D. XLV, 1.

[6] L'université libre de Bruxelles proposa en 1836, dans un concours pour la chaire d'Histoire et d'Institutes du droit Romain, la question suivante à traiter : *Dissertation historique et dogmatique sur les arrhes.*

[7] Pr. J. III, 23 (24). — fr. 35, pr. D. XVIII, 1. — Ch. Thomasius, *De arrhis emptionum*; dans les *Diss. acad.* t. II, n° 58. — Jo. H. Reuter, *De arrha pacto imperfecto data*. Halæ, 1747. — Zumbach, *De arrha contractuum*. Jenæ, 1828. — Gottschalck, *Discept. for.* t. II. ch. 30.

[8] Pr. in fine, J. III, 23 (24). — Const. 17, C. IV, 21. Si la convention est annulée du consentement des deux parties, les arrhes doivent être restituées. fr. 11, § 6, D. XIX, 1. — Const. 3, C. V, 1.

[9] Const. 3, C. IV, 44.

[10] Const. 6, C. Ibid.

[11] Const. 5, pr. C. 1, 14. — Cap. 64, *de reg. jur. in VIto*. — Vinnius, *Select. quæst.* lib. 1, c. 1.

ou lorsque, sur sa demande, le juge le déclare nul (*negotium rescinditur*). Telle est surtout l'exception *doli mali, quod metus causa;* la rescision d'un testament inofficieux (*testamentum inofficiosum*), la restitution en entier (*restitutio in integrum*), etc. [1].

2. Des circonstances survenues postérieurement, et sous lesquelles l'acte n'eût pas été contracté, ne le rendent pas nul à elles seules [2].

3. C'est le moment où un acte a été conclu qu'il faut considérer pour examiner sa validité [3], et un acte nul dès son principe, ne devient pas valable par cela seul que par la suite les motifs d'invalidité disparaissent [4].

4. La nullité partielle d'un acte ne porte aucune atteinte à la partie valable et qui peut exister par elle-même [5].

5. Un acte nul peut néanmoins conserver ses effets, au moyen de la *conversion,* c'est-à-dire au moyen de la transformation en un autre acte. Il est des cas où cette conversion a lieu *ipso jure,* par exemple, lorsque dans un contrat de vente, il a été convenu que le prix de la chose vendue ne pouvait être exigé (*ne petatur pretium*); la vente se transforme alors en donation [6]. Il est d'autres cas où la conversion n'agit qu'en vertu d'une déclaration de son auteur; par exemple, lorsqu'il s'agit d'une clause codicillaire (*clausula codicillaris*) [7].

§ 188. *De l'interprétation des actes.*

L'interprétation des actes est de trois espèces : l'interprétation *authentique*, l'interprétation *usuelle* et l'interprétation de *doctrine*, selon qu'elle est donnée par les auteurs mêmes de l'acte, qu'elle se fonde sur l'usage généralement admis, ou sur les règles de l'herméneutique du droit.

1. Dans l'interprétation authentique, il faut examiner si l'acte ne provient que d'une seule personne, comme un testament, ou s'il est le résultat du concours du consentement de plusieurs, comme une convention. Dans le premier cas, les expressions douteuses doivent s'interpréter dans le sens que l'auteur a voulu leur donner [8]; dans le second cas, l'interprétation authentique de l'acte exige le concours de toutes les parties intéressées, et l'explication donnée par l'une d'elles ne peut nuire aux droits de l'autre.

2. L'interprétation usuelle trouve surtout son application dans les actes où l'on s'est servi de mots et d'expressions qui, d'après le langage généralement reçu dans le pays, ont un sens déterminé, qu'ils doivent conserver jusqu'à ce qu'il soit démontré que l'auteur de l'acte ait voulu leur en donner un autre [9]. Dans les cas de cette espèce, il faut également examiner si le doute auquel la disposition de l'auteur de l'acte a donné lieu, ne s'est pas déjà présenté et n'a été levé par une décision légale [10].

3. L'interprétation de doctrine se règle d'après les principes suivants :

a) Toute expression obscure et douteuse dont l'auteur de l'acte s'est servi, doit toujours être expliquée d'après sa vraie intention, que l'on doit chercher à trouver dans les mots, le langage, les circonstances et les rapports des intéressés [11].

b) Lorsqu'on ne peut reconnaître avec certitude quelle a été la vraie intention de l'auteur de l'acte, les expressions obscures doivent être expliquées de manière à s'écarter le moins possible de la nature de l'acte; elles tourneront donc contre celui qui veut invoquer un droit particulier et contraire à la nature de l'acte, lorsqu'il aurait dû s'exprimer plus clairement [12].

c) Si le doute ne concerne que la hauteur de la dette, les expressions obscures doivent être

---

[1] § 1-5, J. IV, 13.

[2] La règle que, dans tout acte, la clause *rebus sic stantibus* s'entend d'elle-même, est fausse.

[3] Fr. 8, pr. D. XVII, 1. — fr. 78, pr D. XLV, 1.

[4] Fr. 29, D. L, 17 : « Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. » fr. 201; fr. 210. D. ibid. — fr. 1, D. XXXIV, 7.

[5] Fr. 1, § 5, D. XLV, 1 : « Utile per inutile non vitiatur. » Par exemple : fr. 29, D. XXII, 1. — fr. 11, § 1, D. XIII, 5. — Const. 38, § 3, C. VIII, 54.

[6] Fr. 36, 38. D. XVIII, 1. — fr. 6, D. XLI, 6.

[7] Fr. 1, D. XXIX, 7. — Const. 8, § 1, C. VI, 36.

[8] Quisque verborum suorum optimus est interpres. fr. 96, D. L, 17. — fr. 21, § 1, D. XXVIII, 1.

[9] Arg. fr. 37, 38, D. I, 3. — fr. 21, § 1 in fine, D. XXVIII, 1. — fr. 69, § 1, D. XXXII. — fr. 9-12, D. XXXIII, 6.

[10] Par exemple : fr. 13, pr. D. XXVIII, 2. — fr. 17, § 1, D. XXX. — fr. 10, § 1, D. XXXIV, 5.

[11] Fr. 219, D. L, 16. — fr. 67, D. L, 17. Par exemple : fr. 3, § ult. D. XXXIII, 10. — fr. 33, D. XXXIV, 2.—fr. 22, D XXXIV, 1.—fr. 14, D. XXXIII, 1. — fr. 75, D. XXXII.

[12] Interpretatio facienda est secundum naturam negotii. fr. 3, D. XII, 1. — fr. 11, § 1, 2, D. XIX, 1. — fr. 72, pr. D. XVIII, 1. — Interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui potuisset ac debuisset. fr. 172, pr. D. L, 17. — fr. 39, D. II, 14. — fr. 21, D. XVIII, 1. — fr. 38, § 18, D. LXV, 1. — fr. 26, D. XXXIV, 5.

interprétées de la manière la moins préjudiciable à celui qui a promis [1].

d) Enfin, lorsque les mots dont l'auteur s'est servi sont tellement incertains et douteux qu'il est absolument impossible de reconnaître sa volonté, la disposition est nulle [2]; on doit néanmoins la laisser subsister aussi longtemps que l'interprétation peut l'expliquer [3].

§ 189. *De l'acquisition des droits.*

Les droits qui n'ont pas leur fondement dans les actes juridiques, nous sont acquis par la force de la loi, soit au moment de notre naissance, soit dans le cours de la vie, soit au décès d'une personne (*aquisitio inter vivos, mortis causa*). Il en est qui prennent naissance dans notre personne, tandis qu'il y en a aussi qui nous sont transmis par d'autres. Sous ce dernier rapport, nous distinguons surtout la *successio per universitatem* et *in singulas res* [4].

§ 190. *Principes généraux sur l'acquisition des droits.*

L'on ne peut, en aucune manière, conseiller d'établir ici des principes généraux; car les droits particuliers diffèrent aussi les uns des autres dans la manière dont ils s'acquièrent. Bien des points que l'on avait autrefois généralement admis, ont été ensuite abandonnés; par exemple, la différence entre le titre (*titulus*) et le mode d'acquérir (*modus acquirendi*) [5]: l'on n'a conservé que quelques considérations d'équité, par exemple, que l'on ne peut acquérir et exercer certains droits, lorsqu'on n'a pas d'intérêt, tandis que d'autres en éprouvent du préjudice [6]; ensuite, que l'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui [7]; puis, qu'en concédant un droit, on accorde aussi tacitement les moyens de preuve [8], etc.; mais tous ces points se présentent, dans les sources, sous des rapports particuliers, et ils sont ordinairement combinés avec un autre principe de droit.

§ 191.

Parmi les principes que l'on donne *comme généraux*, on indique encore les suivants :

1. Personne ne peut transférer à un autre plus de droit qu'il n'en a lui-même [9].

2. On peut, d'ailleurs, acquérir un droit par soi-même ou par d'autres; en droit moderne, on le peut non-seulement par les personnes que l'on a sous sa puissance, mais aussi par procureurs [10].

3. Un droit complétement acquis s'appelle *jus præsens*. Tout droit, au contraire, que l'on a en vue, mais qui n'est pas encore réellement acquis, est *jus futurum*, qui se divise en *jus delatum*, quand l'acquisition ne dépend que de la volonté de l'acquéreur [11], et en *jus nondum delatum*, lorsque l'acquisition dépend encore d'autres circonstances et conditions qui, si elles venaient à manquer, rendraient l'acquisition du droit impossible.

§ 192. *De la conservation des droits.*

Aux moyens dont le but est de conserver et d'assurer les droits, appartiennent :

1. La *protestation*, c'est-à-dire la déclara-

---

[1] In dubio id quod minimum est sequimur. fr. 9, 34, D. L, 17. — fr. 52, D. XIX, 2. — fr. 1, § 4, D. XLV, 1.

[2] Fr. 188, D. L, 17. — fr. 2; fr. 10, pr.; fr. 21, 27, 28, D. XXXIV, 5.

[3] Fr. 12, D. ibid. — fr. 80, D. XLV, 1.

[4] Fr. 1, § 13, D. XLIII, 3. — fr. 3, § 2, D. XLIII, 19. Les droits qui ne sont pas transmissibles ou ceux qui ne le sont que sous certain rapport, sont très-importants.

[5] *V.* plus loin le § 256.

[6] Fr. 1, § 12, D. XXXIX, 3. — fr. 38, in fine, D. VI, 1.

[7] Mühlenbruch, *Doctrina Pand.* 1, § 117. — Cicéron, *De officiis*, III, 5.

[8] Mühlenbruch, 1, § 129.

[9] Fr. 54, D. L, 17. « Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet. »

[10] Voici quels étaient les principes en droit romain :
1. Le père de famille acquiert de plein droit par les personnes qui se trouvent sous sa puissance.
2. Personne ne peut acquérir par des étrangers (*personæ extraneæ*), c'est-à-dire par des personnes qui ne sont pas sous sa puissance. Les procureurs n'étaient donc pas admis à acquérir des droits. — Gajus, II, 86-96; III, 163-167. — Ulpien, XIX, 18-21. — Inst. II, 9; III, 17 (18); III, 29 (30). — fr. 73, § 4; fr. 123, pr. D. L, 17. — fr. 11, D. XLIV, 7. — Hugo. *Rechtsg.* p. 233, 299. — fr. 10, 17, 18, 19, 21, 23, D. XLI, 1. — Code IV. 26, 27. — Plus tard, le second de ces principes fut changé, et l'on distingua entre les acquisitions civiles et les acquisitions naturelles; ces dernières pouvaient avoir lieu par des tiers étrangers, lorsqu'ils avaient été chargés de l'acquisition, ou que leurs actes étaient ratifiés. — Paul, V, 2, 2. — § 5, J. II, 9. — fr. 53. 13, 20, § 2, D. XLI, 1. — fr. 41, D. XLI, 3 — Const. 1, C. VII, 32. — fr. 3, § 7, D. XXXVII, 1. Les passages suivants démontrent que, même d'après le droit romain de Justinien, les *personæ extraneæ* ne pouvaient acquérir civilement : fr. 53, D. XLI, 1. — fr. 123, pr. D. L, 17. — Const. 1, C. IV, 27. — fr. 90, pr. D. XXIV, 2. — Const. 5, C. VI, 30.

[11] Fr. 151, D. L, 16 : « *Delata hereditas* intelligitur quam quis adeundo possit consequi. »

tion formelle, par laquelle nous nous garantissons des conséquences nuisibles que l'on pourrait déduire contre nous de nos paroles ou de nos actes [1].

2. La *réserve*, c'est-à-dire la conservation expresse de certains droits dont la renonciation serait ou pourrait être une conséquence de notre acte.

3. Le *droit de rétention*, ou le droit de tenir par devers nous la chose d'autrui que nous possédons par un motif légitime, en vertu d'une créance dont cette chose forme l'objet ou qui s'y rapporte, jusqu'à ce qu'il ait été satisfait à la créance [2]. Ce droit ne peut s'exercer qu'aussi longtemps que l'on possède la chose, et on le fait valoir par l'exception de dol (*exceptio doli*), contre l'action que l'adversaire intente en restitution de la chose [3].

4. Le *cautionnement* qui comprend toute sûreté qu'une personne donne à une autre pour assurer l'exécution d'une obligation [4]. Il se divise : *a*) en *cautionnement verbal*, que l'on fournit soit par promesse sous serment (*cautio juratoria*) [5], soit par simple promesse, mais alors on exigeait, en droit romain, une stipulation (*repromissio*) [6]; *b*) en *cautionnement réel*, auquel appartient en particulier celui qui se fait par fidéjusseur ou répondant (*satisdatio s. fidejussio*) [7] et par constitution de gage [8].

5. L'*envoi en possession* (*missio in possessionem s. in bona*) de tous les biens ou de choses particulières d'autrui, par le préteur, pour assurer certains droits à celui que l'on envoie en possession [9]. Par ce moyen, celui-ci acquiert la détention de la chose, tout en s'obligeant à la conserver (*custodire*) et à l'administrer [10]; en outre, il obtient, par cet envoi en possession, un droit de gage sur la chose [11], et lorsqu'il y a envoi *damni infecti causa, ex secundo decreto*, il a la propriété de la chose, si l'adversaire l'avait ; dans tous les cas, il jouit du bénéfice de l'usucapion [12].

6. L'*arrestation*, c'est-à-dire la restriction infligée par le juge à la liberté personnelle du débiteur ou à la libre disposition de sa fortune, pour la sûreté du créancier. La mise à exécution de l'arrêt présuppose une juste cause, c'est-à-dire, il faut qu'il existe un danger évident que le créancier serait privé ou du moins empêché dans la poursuite de son droit, si le débiteur gardait la liberté de sa personne ou la disposition de ses biens [13].

§ 193. *De l'extinction des droits.*

A. *Du consentement de l'ayant droit.*

Les droits, une fois acquis, continuent d'exister jusqu'à l'avénement d'un motif particulier dont la conséquence est de les faire cesser.

A. Ce motif peut résulter de la volonté de celui auquel les droits compétent ; ainsi, les droits s'éteignent :

1. Par la *renonciation* (*renunciatio*), qui consiste dans l'abandon d'un droit sans le transférer à une autre personne [14]; mais il faut que le droit nous appartienne réellement [15] et que nous ayons une connaissance exacte de l'objet de la renonciation [16].

---

[1] Wippermann, *De protestationum natura, vi et effectu*. Rintel. 1779.

[2] Bœhmer, *De jure retentionis*; dans ses *Elect. jur. civ.* t. II, no 13. — Schmid, *Diss. de iis, quæ ad exercendum jus retentionis necessaria sunt*. Jenæ, 1785. — Schnorr, *De jure retentionis*. Lips. 1808. — J. A. Truter, *Diss. de jure retentionis*. Traj. ad Rhen. 1814. Glück. *Comm*. P. XV, § 936. 937.

[3] Par exemple, § 30, J. II, 1. — fr. 23, § 4; fr. 27, § 5; fr. 48 D. VI, 1. — fr. 14, D. XLIV, 4. — fr. 18, § 4. D. XIII, 6. — fr. 1, pr. D. XX. 6. — fr. 14, § 1, D. X, 3. — fr. 8, pr. D. XIII, 7. — Const. 29. C. V, 12. — Const. un. C. VIII, 27.

[4] Inst IV, 11.—Dig. II, 8; XLVI, 5-8.—Code, II, 57.

[5] § 2, J. IV, 11. — Const. 12, pr. C. XII, 19. — Nov. 112, chap. 2.

[6] Inst. III, 18 (19). — fr. 1, D. XLVI, 5.

[7] Const. 3, C. VI, 38. — fr. 1, D. II, 8.

[8] Fr. 1, § 9, D. XXXVII, 6.

[9] D. XXXVI, 4; XXXVII, 9; XXXIX, 2; XLII, 4, 5; XLIII, 4.—Code, VI, 54; VII, 72.—Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XXIII, cap. 11, 12.

[10] Fr. 1, 12, D. XLII, 4. — fr. 5, § 3, D. XXXVI, 4. — fr. 3, § ult.; fr. 10, § 1, D. XLI, 2.

[11] Fr. 5, pr. § 1, D. XXVII, 9.— fr. 26, pr. D. XIII, 7. — Code, VIII. 22.

[12] L'envoi *ex secundo decreto* n'a lieu que dans le cas où l'on a réellement éprouvé du dommage (*damnum infectum*), lorsque l'envoi *ex primo decreto* a été infructueux, c'est-à-dire lorsque la caution *damni infecti* n'a pas été fournie dans le temps donné.

[13]. En droit romain, l'arrestation est un *moyen d'exécution*, lorsque le débiteur est déjà condamné (*pignoris capio*, § 323, à la fin); il ne le reconnaît pas comme *moyen de sûreté* contre un débiteur non encore condamné. Ce moyen fut introduit en Allemagne par la jurisprudence et les lois de l'Empire de 1570, § 84; de 1594. § 82; de 1600, § 60. — Mevius, *De arrestis*, ed. nov. Lips. 1737.—Glück, *Comm*. t. VI, § 520.

[14] Fr. 41, D. IV, 4. — Const. 29, C. II, 3 : « Quilibet juri pro se introducto renunciare potest. » — Const. 11, C. IV. 1 : « Ad jura renunciata non datur regressus. » — Const. 4, C. II, 3.—Const. 51, C. 1, 3.—Pfotenhauer, *Diss. utrum et quatenus legibus præsertim prohibitiris renuntiari possit?* Viteb. 1792.

[15] Fr. 174, § 1. D. L, 17 : « Quod quis, si velit, habere non potest, id repudiare non potest. »

[16] Fr. 19, D. V, 2. — fr. 8, D. V, 3.

2. Par l'*aliénation*. Dans le sens le plus large, l'on entend par là tout changement que nous opérons dans nos rapports juridiques, aussi bien le transfert d'un droit en faveur d'une autre personne, que la renonciation à ce droit, l'établissement d'une servitude, d'un droit de gage ou d'hypothèque et l'acceptation d'un payement; dans un sens plus restreint, l'aliénation est le transfert et la cession d'un droit [1], et dans le sens le plus étroit, l'aliénation d'une chose est la transmission de la propriété à un autre [2]. Celui qui est propriétaire d'une chose a aussi, en général, le droit de l'aliéner, si, par des motifs particuliers, cette aliénation ne lui est pas interdite. Une défense d'aliéner peut être prescrite soit par une disposition légale ou judiciaire [3], soit par une disposition testamentaire, soit par un contrat. L'aliénation opérée contre la défense de la loi ou du juge est nulle, et celui en faveur duquel elle avait été interdite, a une action réelle contre le tiers [4]. La non-observation d'une prohibition d'aliéner faite par testament, donne lieu tantôt à une action réelle contre le tiers, tantôt à une action personnelle en dédommagement contre celui qui aliène, selon que le testateur a défendu, en faveur d'un tiers, l'aliénation de sa propre chose, ou de celle d'une autre personne qu'il honorait du legs [5]. La non-observation d'une prohibition d'aliéner faite par convention ne donne lieu, en général, qu'à une action personnelle en dommages-intérêts contre celui qui aliène, si déjà le contrat lui-même n'y a pourvu au moyen du pacte *reservati dominii* ou *reservatæ hypothecæ* [6].

§ 194. B. *Contre le consentement de l'ayant droit.*

B. Un droit peut, contre la volonté de celui auquel il appartient, s'éteindre par des motifs très-divers. Voici néanmoins quelques règles générales :

1. Les droits dont un état (*status*) forme la condition, cessent en même temps que cet état.

2. Les droits réels s'éteignent avec la chose qui en fait l'objet.

3. Les créances qui sont amorties de quelque manière que ce soit. Les droits réels, aussi bien que les obligations s'éteignent ensuite :

4. Lorsque celui qui a concédé à un autre un droit sur une chose, perd son droit qui, dès le principe, n'était que temporaire et révocable [7], ou lorsque, par des motifs postérieurs, il en opère la révocation [8].

5. Par l'avénement de la condition résolutoire ou du terme pour lequel le droit était concédé [9].

6. Par le défaut d'intérêt de la part de l'ayant droit [10].

7. Lorsqu'on retire à quelqu'un son droit à cause de mésusage ou de tout autre délit [11].

8. Enfin, par la prescription.

§ 195. *Du temps, dans ses rapports avec les droits.*

La loi restreint souvent à un certain espace de temps, à un délai (*tempus*), l'acquisition, l'exercice et la perte des droits, de manière qu'ils ne peuvent être exercés qu'endéans ce délai ou lorsqu'il est déjà expiré. Le droit romain distingue :

1. Relativement au délai lui-même, le délai *continu* (*tempus continuum*) du délai *utile* (*tempus utile*). Mais ces expressions se rapportent aussi bien à l'époque où un délai commence qu'à sa durée et à son étendue. Eu égard à l'époque où un délai commence à courir, on entend par *tempus continuum* celui qui commence dès l'arrivée d'un certain événement, quand même celui au profit duquel il court n'a pas eu connaissance de cet événement [12]; on entend, au contraire, par *tempus utile*, celui qui ne commence que du moment

[1] Const. 7, C. IV, 51 ; il faut remarquer ici la règle : *Nemo plus juris in alterum transferre potest, quam ipse habet.* fr. 54, D. L. 17.

[2] Fr. 67, pr. D. L, 16. — Const. 1, C. V, 23.

[3] Pr. § 2, J. II, 8. — Const. un. § 15, C. V, 13. — Const. 12, 13, C. V, 71. — fr. 1, pr.; fr. 10, pr. D. XXVII, 10.

[4] Fr. 5, § 15, D. XXVII, 9. — Const. 16, C. V, 37. — Const. 15, C V, 71. — fr. 13, § 3, D XXIII, 5. — Const. 30 in fine, C. V, 12. — fr. 12, D. XLI, 3. — fr. 6, D XLV, 1.

[5] Const. 1, 2, 3, § 2, 3, C. VI, 43. — § 3, J. III, 28. — fr. 88, § 14, D. XXXI. — fr. 3, § 3, D. XXXVI, 1.

[6] Fr. 75. D XVIII, 1. — fr. 21. § 5, D. XIX, 1. — fr. 135, § 3, D. XLV, 1. — Const. 3, C. IV, 6.

[7] D'après la règle : Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum. *V.* à cet égard, le § 254.

[8] Par exemple : Const. 8, 10, C VIII, 56.

[9] Par exemple : fr. 4, pr. D. VIII, 1 — fr. 4, D. VII, 1. — fr. 6, pr. D. XX, 6. — fr. 44, § 1, 2, D. XLIV, 7.

[10] Fr. 8. § 6, D. XVII, 1. — fr. 136, § 1, D. XLV, 1.

[11] Par exemple : Const. 3, C. XI, 42. — Cap. 24, X. 3, 33.

[12] Fr. 8, D. III, 2. — fr. 31, § 1, D. XLI, 3. — fr. 55, D. XXI, 1. — Const. 8, C. II, 21. — Const. 5, C. IX, 9.

où celui au profit duquel il court, a eu connaissance de cet événement [1]. Quant à sa durée, le *tempus continuum* est celui où tous les jours, lorsqu'ils ont une fois commencé à courir, sont comptés tels qu'ils se suivent dans le calendrier ; le *tempus utile*, au contraire, est celui où l'on ne compte pas les jours pendant lesquels il est interdit de poursuivre son droit devant la justice (*experiundi potestas*) [2].

2. Relativement à l'expiration d'un délai, il existe une différence entre la computation du délai *naturel* et celle du délai *civil*. Dans la première, l'on compte de moment à moment, et l'espace de temps qui court depuis un certain événement n'est accompli que lorsque le dernier moment est passé [3]. Dans la seconde, au contraire, l'on compte de jour à jour et l'on applique la règle : *dies novissimus cœptus pro completo habetur*. En droit romain, *dies novissimus, postremus* ou *supremus* est le dernier jour d'un délai. Par exemple, dans le délai d'une année qui commence le premier janvier, le *dies novissimus* est le 31 décembre, et dès que ce jour est commencé, ainsi, après minuit du 30 au 31 décembre, le délai est *civilement* accompli [4].

CHAPITRE II.

DES DROITS PARTICULIERS (JURA SINGULARIA) ET DES PRIVILÉGES.

§ 196. I. *Notion générale de* jus commune *et* singulare.

Les lois positives contiennent et sanctionnent des règles de droit générales et naturelles (*regula juris s. ratio juris*), ou elles fixent, par des raisons particulières, des principes qui s'écartent de ces règles générales. Dans le premier cas, les lois sanctionnent un *droit commun* (*jus commune*), dans le second cas, un *droit particulier* (*jus singulare s. exorbitans*) [5]. Celui-ci est un droit favorable ou défavorable (*jus singulare favorabile s. odiosum*), selon qu'il renferme, contre la règle commune, à l'égard de ceux pour lesquels il est établi, une extension ou une restriction particulière de leurs droits. Le droit particulier favorable s'appelle, en droit romain, *beneficium juris* ou aussi *privilegium*, qui est de deux espèces : *beneficium personæ*, lorsqu'il n'a été concédé qu'à une personne, et ne peut être exercé ni par ses héritiers ni par ses cautions [6] ; *beneficium causæ*, lorsqu'il est en rapport avec un lien juridique, et dans ce cas, il peut être exercé non-seulement par celui qui en avait originairement le droit, mais aussi par ses héritiers, ses cautions et ses cessionnaires [7]. L'un et l'autre ne trouvent d'application que lorsque celui à qui ils appartiennent, les invoque à son avantage [8].

§ 197. *Notion de privilége, en particulier.*

Un privilége, dans le sens large du mot, est toute faveur introduite par la loi et qui s'écarte de la règle commune. Cette faveur peut être accordée par une loi générale (*lex generalis*) à tous les sujets qui se trouvent dans les cas qu'elle a prévus, et alors elle est synonyme de *beneficium juris* ou *jus singulare favorabile* [9] ;

[1] Fr. 8, D. III, 2. — fr. 6, D. III, 6. — Const. 2, C. VI, 9. — Const. 19, C. VI, 30.

[2] Fr. 1, D. XLIV, 3. — fr. 2, D. XXXVIII, 15.

[3] Par exemple : fr. 3, § 3. D. IV, 4. — fr. 4, D. XXIII, 2. — Const. 3, C. V, 60. — § 8, J. II, 16. — fr. 6, D. XLIV, 7.

[4] Fr. 8, D. II, 12. — Par exemple, fr. 6, 7, D. XLI, 3. — fr. 15, pr. D. XLIV, 3, comparé avec le fr. 6, D. XLIV, 7. Ensuite : fr. 5, D. XXVIII, 1. — fr. 134, D. L, 16. — Sur la matière de la computation civile, v. J. C. Rücker, *Diss. de naturali et civili computatione.* Lugd.-Bat. 1749.

[5] Fr 14-16, D. I, 3. — fr. 141, pr. D. L, 17.

[6] Fr. 68, 196, D. L, 17. Par exemple : fr. 24, 25, D. XLII, 1. — fr. 7, pr. D. XLIV, 1. — Const. 13, C. X, 47.

[7] F. 68, 196, D L, 17. — fr. 7. § 1; fr. 19, D. XLIV, 1. — Par exemple : fr. 6, D. IV, 1. — fr. 18, § 5 ; fr. 24, pr. D. IV, 4. — fr. 14, § 2, D. IV, 2. — Const. un C. II, 34.

[8] Fr. 69, D. L. 17 : « Invito beneficium non datur. » fr. 156, ibid.

[9] Dans ce sens, on parle de gages privilégiés, des priviléges du fisc, des mineurs, des soldats, des femmes; des priviléges de la dot, etc. fr. 40, 42, 41, § 1, D. XXVI, 7. — fr. 74, D. XXIII, 3. — Code, VII. 73, 74. — Const. 12, C. VIII, 18.— Nov. 97, chap. 2, 3.— Nov. 109, chap. 1.

elle peut aussi être le résultat d'une disposition spéciale du législateur (*lex personalis*) en faveur d'une personne ou d'une chose déterminée, et alors c'est un privilége dans le sens restreint [1]. Mais de même qu'en droit romain, *beneficium juris* est souvent appelé *privilegium* [2], de même on indique par *beneficium*, le privilége dans le sens restreint [3].

§ 198. *De la division des priviléges.*

Le privilège dans le sens restreint est :

1. Sous le rapport du *sujet* auquel il compète, un *privilége personnel* (*privilegium personæ*), s'il est établi en faveur d'une personne physique ou d'une communauté, ou un *privilége réel* (*privilegium rei s. prædii*), s'il est constitué en faveur d'un fonds [4].

2. Quant à son *objet*, le privilége se divise en *privilége affirmatif* (*privilegium affirmativum*) [5], lorsqu'il garantit à quelqu'un un droit de préférence particulier, et en *privilége négatif* (*immunitas, vacatio*, chez les modernes, *privilegium negativum*), lorsqu'il libère d'un devoir auquel les autres sujets sont soumis.

3. D'après la manière d'acquérir le privilége, il se divise en *privilége gratuit* (*priv. gratuitum*), lorsqu'il est la conséquence d'une pure libéralité du prince, et en *privilége onéreux* (*priv. onerosum*), lorsqu'en échange de ce droit, le privilégié est tenu à quelque prestation, ou lorsqu'il lui est accordé pour services déjà rendus [6].

§ 199. *De la nature légale des priviléges.*

La nature du privilége et ses effets ne peuvent être déterminés que d'après son étendue particulière. Règles générales :

1. Le privilégié peut pleinement exercer son droit dans toute son étendue et personne ne peut le troubler dans cet exercice [7]; il a par conséquent un droit de défense par lequel il exclut de l'exercice d'un droit analogue tous ceux qui ne possèdent pas le même privilége [8].

2. Le privilége concédé à une personne physique ne peut être exercé que par elle [9]; celui qui est accordé à une communauté peut l'être, selon sa nature, soit par chaque membre de la communauté, soit seulement par quelques fonctionnaires, au nom de toute la corporation; celui qui est concédé à un fonds peut être exercé par tout possesseur du fonds [10].

3. Tout privilége est inséparable de la personne qui l'exerce; le privilégié ne peut donc ni l'aliéner ni le transférer à autrui [11]; mais il peut céder à un autre, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, l'exercice de son droit, si toutefois la nature particulière du privilége ne s'y oppose pas, comme dans tous les priviléges négatifs, et dans les priviléges affirmatifs, lorsque l'exercice en est restreint à la personne du privilégié.

§ 200. *De l'extinction des priviléges.*

Le privilége s'éteint :

1. *D'après sa nature*, par le laps de temps pour lequel il a été concédé [12], ou, si aucun terme n'a été fixé, quand la personne à laquelle il appartient cesse d'exister. Ainsi, le privilége concédé à une personne physique, s'éteint par la mort de celle-ci [13]; le privilége accordé à une communauté dure aussi longtemps que cette dernière existe [14]; celui qui est institué en faveur d'une chose s'éteint avec la chose elle-même; néanmoins le privilége revit par le rétablissement de la chose [15].

2. *Lorsque le prince révoque le privilége*; mais il n'a en général cette faculté que s'il l'a accordé sous la condition de le pouvoir révo-

---

[1] Cpr. fr. 1, § 1, 2, D. I, 4. — § 6, J. I, 2.
[2] Fr. 196, D. L, 17, et les passages indiqués à la note 9, p. 103.
[3] Par exemple : fr. 3, D. I, 4.
[4] Fr. 1, § 41-43, D. XLIII, 20. Ordinairement on range parmi ces derniers les *privilegia causæ*; mais ce ne sont pas là des priviléges proprement dits, ce sont des *jura singularia*.
[5] Les *monopoles* (*monopolia*) en vertu desquels une personne est autorisée à faire *seule et exclusivement* une chose que d'autres pourraient aussi faire, en est une espèce particulière.
[6] Une division communément adoptée des priviléges est encore celle en *priv. gratiosa* et *conventionalia*; elle est sans importance, puisque la concession et l'acceptation du privilége ont toujours pour base une convention, peu importe que le privilége soit gratuit ou à titre onéreux.
[7] Fr. 3, D. I, 4. — Const. 2, C. I, 14.
[8] Si un autre a un privilége semblable, il y a lieu d'appliquer la règle : privilegiatus adversus æque privilegiatum jure suo (sc. prohibitivo) non utitur.
[9] Fr. 1, § 43, D. XLIII, 20. — fr. 1, § 2, D. I, 4.
[10] Fr. 1, § 43, D. XLIII, 20.
[11] Mais si c'est un *privilége réel*, il passe au nouvel acquéreur avec l'aliénation de la chose, comme dépendance.
[12] Const. 2, C. I, 23.
[13] Fr. 1, § 43, D. XLIII, 20. — Const. 13, C. X, 47.
[14] Fr. 4, § 3, D. L, 15.
[15] Arg. fr. 20, § 2, D. VIII, 2.

quer; dans tous les autres cas, il ne le peut [1], à moins que le bien-être de l'Etat ne l'exige, et alors le privilégié peut se faire indemniser pour la perte de son droit.

3. *Lorsque de l'abus que le privilégié fait de son droit*, il résulte des suites fâcheuses pour l'Etat qui peut alors, comme peine, lui interdire son droit, par les voies judiciaires [2].

4. *Par la renonciation expresse ou tacite* [3]. Le droit canon regarde comme une renonciation tacite le non-exercice du privilége pendant un long espace de temps, quoique le privilégié ait eu occasion de l'exercer. Cette manière d'éteindre les priviléges s'appelle aujourd'hui perte *par prescription;* le droit canon requiert en général un laps de 30 ans, et, pour les priviléges de l'Eglise, de 40 ans [4].

§ 201. *Du concours et de la collision des droits particuliers et généraux* [5].

Il y a *concours* de plusieurs droits par la réunion des droits de différentes personnes sur le même objet, sans qu'aucune d'elles puisse exercer un droit exclusif. Chacun exerce ici son droit dans toute son étendue, cet exercice de la part de l'un, dût-il même restreindre l'avantage qu'un autre pourrait retirer de son droit.

La *collision*, au contraire, existe quand il y a contradiction entre les droits de plusieurs personnes, contradiction qui ne permet qu'à une seule d'entre elles de jouir de la plénitude de son droit. La collision donne donc lieu à la question de savoir lequel de ces droits doit être préféré aux autres. Les règles suivantes serviront à la déterminer :

1. Le droit spécial doit être préféré au droit général; le privilége a donc la préférence sur un droit singulier (*jus singulare*), et celui-ci sur un droit commun (*jus commune*) [6].

2. Si les droits entre lesquels la collision existe sont tous deux communs ou spéciaux, la préférence est pour celui que la loi favorise le plus [7].

3. La loi n'a-t-elle pas expressément déterminé auquel des droits, égaux d'ailleurs, elle accorde la préférence, alors il faut distinguer :

a) Ou bien les droits sont *directement* en collision, c'est-à-dire que ceux qui les invoquent peuvent les exercer l'un contre l'autre; dans ce cas, celui qui, par l'exercice de son droit, veut se préserver d'une perte réelle, a la préférence sur celui qui veut faire un gain [8]; mais si tous deux ont à craindre une perte réelle, celui-là a la préférence qui a reçu quelque chose de l'autre, sans s'être cependant enrichi par là [9]; dans tous les autres cas, les deux droits en collision se détruisent, et aucun d'eux ne peut être exercé [10];

b) Ou bien, les droits sont *indirectement* en collision, c'est-à-dire qu'ils ont rapport à un tiers objet sur lequel deux personnes prétendent exercer un droit exclusif. Celui qui est en possession est préféré [11]; si aucun d'eux n'est en possession, il faut voir si l'objet est divisible ou indivisible : dans le premier cas, il est partagé entre tous ceux qui y ont le même droit [12]; dans le second cas, au contraire, les droits, en règle générale, se détruisent; mais si les circonstances ou la qualité des droits *exigent* l'exercice de l'un d'eux, le sort en décide [13], à défaut de disposition expresse de la loi [14].

---

[1] Arg. Const. 7, C. I, 19. — Cap. 1, *de constitutionibus in VI to.* — Cap. 16, 17, *de reg. jur. in VI to;* il n'y a pas de différence à faire entre le *priv. gratuitum* et *onerosum* (§ 198). — Glück, *Commentaire*, t. II, § 107, 108.

[2] Const. 3, C. XI, 43.

[3] Fr. 41, D. IV, 4. — Const. 29, C. II, 3.

[4] Cap. 0, 15, X. 5, 33. En droit romain, les priviléges négatifs ne s'éteignent pas par le non-usage. Const. 2, C. X, 43. Quant aux priviléges affirmatifs, nous ne trouvons qu'une seule disposition, fr. 1, D. L, 11, que le privilége *nundinarum* s'éteint par 10 ans.

[5] Wolters, *De jure singulari, de privilegiis eorumque collisione et prælatione inter se.* Gœtt. 1789.

[6] Fr. 80, D. L, 17 : « In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. »

[7] Par exemple : fr. 3, § 2, D. XIV, 6. — fr. 11, § 7; fr. 12, pr. D. IV, 4. Lorsqu'il s'agit de priviléges, la loi accorde aussi une préférence au plus ancien. — Const. 7, C. I, 19. — Const. 12, § 1, C. VIII, 18. — Nov. 91, chap. 1. Il en est de même du gage et de l'hypothèque, fr. 12, D. XX, 4; mais il n'en est plus de même en fait d'autres droits réels ni de droits singuliers.

[8] Arg. fr. 14, D. XII, 6 : « Natura æquum est, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. » Par exemple : fr. 11, § 0; fr. 34, pr.; fr. 27, § 1, D. IV, 4.

[9] Fr. 11, § 6; fr. 34, pr. D. IV, 4, et fr. 126, § 2; fr. 128, pr. D. L, 17 : « In pari causa possessor potius haberi debet. »

[10] Par exemple : fr. 36, D. IV, 3. — fr. 39, D. XXIV, 3. — fr. 17, D. XVIII, 6. — fr. 34, § 3; fr. 57, pr. § 3, D. XVIII, 1.

[11] Fr. 128, pr. D. L, 17. — Par exemple : fr. 6, § 7; fr. 24, D. XLII, 8. — fr. 32, D. III, 3. — Const. 15, C. III, 32.

[12] Fr. 33, D. XXX, et dans le concours des créanciers, Const. 6, C. VII, 72.

[13] Par exemple : fr. 13, 14, D. V, 1. — fr. 5, D. X, 2. — Const. 3, pr. C. VI, 43, et § 23, J. II, 20.

[14] Par exemple : fr. 38, pr. § 1, D. XLII, 1. — fr. 7, § 19; fr. 8, 9, 10, D. II, 14. — fr. 58, § 1, D. XVII, 1. — Const. 8, C. VII, 71.

CHAPITRE III.

DE LA POURSUITE DES DROITS ET, EN PARTICULIER, DES ACTIONS ET DES EXCEPTIONS.

§ 202. I. *Des actions.*

A. *Notion de l'action.*

L'*action* (*actio*) [1], est un moyen que nous donne la loi, dans le but de faire condamner quelqu'un par le juge à faire, à ne pas faire, ou à prester ce que nous sommes en droit d'exiger de lui [2]. La nature de toute action suppose donc au moins deux personnes : un *demandeur* (*actor*) et un *défendeur* (*reus*) déterminés. En général, on ne peut être, dans le même procès, que demandeur ou défendeur; il est cependant des cas exceptionnels, dans lesquels chacun des intéressés peut être à la fois demandeur et défendeur. Le droit romain appelle ces sortes d'actions *judicia duplicia* [3].

§ 203. B. *Des diverses espèces d'actions.*

1. *D'après leur origine.*

Les actions dont le droit romain parle se divisent, d'après leur origine :

1. En actions *civiles* et en actions *honoraires* (*actiones civiles et honorariæ*), selon qu'elles tirent leur origine du droit civil, ou qu'elles ont été introduites par l'Edit des préteurs ou des édiles (*actiones prætoriæ et ædilitiæ*) [4].

2. En *actiones vulgares s. directæ*, et en *non vulgares s. in factum*. Les premières sont celles qui, dans le principe, furent créées pour des cas exactement déterminés et reconnus admissibles; elles avaient des formules invariables et conçues en droit ou en fait (*in jus* ou *in factum*) [5], selon que l'action du demandeur était fondée sur le droit civil ou sur le droit prétorien [6]. Les secondes, c'est-à-dire les *actiones vulgares s. in factum*, dans un sens restreint, sont des actions sans formule fixe ou propre [7].

A cette catégorie appartiennent :

a) Les *utiles actiones* ou les actions introduites par analogie à une action directe; en effet, le préteur accordait l'action utile dans des cas pour lesquels elle n'était pas destinée dans le principe, mais qui avait de l'analogie avec le cas qui servait de base à l'action directe [8]. Les actions *fictitiæ* qui reposaient sur une fiction, étaient une espèce particulière des actions utiles [9]. Toutes les actions utiles et fictives tirent leur origine du droit prétorien.

b) Les actions *præscriptis verbis* que l'on accordait, lorsqu'à la vérité l'action avait pour base une obligation civile, mais que, par les modifications spéciales du cas particulier, aucune des formules invariables du droit civil ne lui était applicable; on donnait, dans ces cas, une *formula in jus concepta* accompagnée d'une *præscriptio*, c'est-à-dire l'introduction de la formule faisait mention des modifications du cas particulier [10].

---

[1] Sur l'ancien droit romain des actions : Gajus. *Inst. comm. IV.* — Ever. Dupont, *Disquis. in comm. IV Inst. Gaji.* Lugd.-Bat 1822. — E. Burnouf, *De re judicata et de rei judiciariæ apud Romanos disciplina.* Paris. 1824. — J. J B. Van Hasselt. *De legis actionibus.* Grœn. 1825. — Frid. Guil. de Tigerstrœm, *De judicibus apud Romanos.* Berol. 1826 — Aug. Guil. Heffter, *In libro observat. ad Gaji Inst. comm. IV.* Berol. 1827. — Schneider. *De centumviratis judicii apud Romanos origine.* Rost. 1835. — Collmann, *De Romanorum judicio recuperatorio.* Berol. 1835.

Sur le droit nouveau des actions : Inst. IV. 6. — Dig XLIV, 7. — Code, IV, 10. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XIX, cap. 1. 2; lib. XXI. cap. 1, 2. — Le même, *Comm. ad tit. Inst. de actionibus.* Antverp. 1581. Ed. noviss. Lugd. 1630. — Reinh. Bachovius, *Tract. de actionibus*, etc. Francof. ad M. 1623. — J. H. Bœhmer, *Doctrina de actionibus*, etc. Ed. nov. Francof.

[2] Pr. J. IV, 6. — Fr. 8, § 1, D. L, 16 : « Actionis verbo non continetur exceptio. » — fr. 2, pr. D. XLIV, 1. — fr. 52, D. XLI, 1. — Le fr. 1, D. XLIV, 1, n'est point contraire : « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur : nam reus in exceptione actor est. »

[3] Par exemple : fr. 2. § 3, D. X, 2. — § 7, J. IV, 15. — fr. 10, D. X, 1. — fr. 13, 14, D. V, 1. — fr. 37, § 1, D. XLIV, 7.

[4] § 3, J. IV, 6. — fr. 25, § 2. D. XLIV, 7.

[5] Il y avait même, pour quelques cas, des formules doubles · Gajus, IV. § 47.

[6] Gajus. IV, 45-47. — Heffter, *Liber observ. ad Gaji comm. IV*, cap 12, 13.

[7] Fr. 1, pr ; fr. 2; fr. 11, D. XIX, 5.

[8] Fr. 21 D. XIX, 5. — fr. 47, § 1, D. III, 5. — fr. 29, § 7; fr. 53, D. IX, 2.

[9] Gajus, IV, 34-36. — Ulpien, XVIII, 12.

[10] Gajus, IV, 130-132 — On les appelait, il est vrai, également actions *in factum* : fr. 13, § 1; fr. 22, D. XIX, 5; mais les fr. 15, ibid.; fr. 7, § 2, D. II, 14, et la const. un. § 13, C. V, 13, démontrent qu'elles étaient des actions civiles.

c) Les actions *in factum*, dans le sens le plus étroit : elles reposaient uniquement sur l'équité du préteur ; elles étaient toujours conçues eu égard aux circonstances du cas, et ne s'appuyaient sur aucune formule préexistante [1].

§ 204. 2. *D'après leur fondement.*

D'après leur fondement, les actions se divisent en actions *réelles*, *personnelles* et *mixtes* (*actiones in rem, in personam, mixtæ*).

1. Les actions réelles, dans le sens large, sont celles qui dérivent d'un droit absolu ; elles peuvent donc être intentées contre quiconque lèse ou conteste les droits du demandeur. Dans ce sens large, on y comprend également les actions préjudicielles (*actiones præjudiciales*), c'est-à-dire les actions qui ont la poursuite d'un état ou d'un droit de famille pour but [2]. Dans un sens restreint, au contraire, on entend par actions réelles, celles qui dérivent de la propriété et des droits réels, de même que celles au moyen desquelles on poursuit un droit de succession, qu'en droit romain on appelle aussi *vindicationes* [3]. Ces actions ont pour but de faire reconnaître par le juge le droit du demandeur et de faire cesser la lésion.

2. Les actions personnelles, qu'en droit nouveau l'on nomme aussi condictions (*condictiones*) [4], sont celles qui ont pour but de demander l'exécution d'une obligation et qui ne peuvent, par conséquent, être dirigées que contre la personne (le débiteur) spécialement obligée [5]. Ces actions sont aussi diverses que les obligations dont elles sont destinées à poursuivre l'exécution ; comme celles-ci, elles reposent donc sur un contrat ou comme sur un contrat (*act. ex contractu vel quasi ex contractu*), ou sur un délit ou comme sur un délit (*act. ex delicto vel quasi ex delicto*), ou sur une disposition de la loi (*act. s. condictiones ex lege*). Pour désigner les actions qui naissent comme d'un contrat ou comme d'un délit, on dit qu'elles naissent d'un *quasi-contrat* et d'un *quasi-délit*; ces expressions n'ont en elles-mêmes rien d'incorrect ou d'irrégulier quoique certains auteurs les repoussent [6].

Les espèces suivantes méritent encore d'être mentionnées :

a) Les actions qui naissent de contrats ou de quasi-contrats sont *directæ* ou *contrariæ*, selon qu'elles ont pour but de demander l'exécution de l'obligation fondée sur le contrat et formée par son existence, ou l'exécution d'une obligation reconventionnelle à laquelle le contrat ne donne lieu que dans la suite et sous diverses conditions [7].

b) Les actions résultant de contrats ne peuvent, en général, être intentées que contre celui qui s'est obligé et contre ses héritiers; dans quelques cas exceptionnels néanmoins, elles peuvent également être dirigées contre un tiers que, par des raisons particulières, le fait de l'un des contractants a obligé ; dans ce cas, elles s'appellent *actiones adjectitiæ qualitatis* [8].

c) Aux actions personnelles résultant des délits appartiennent aussi les *interdits* (*interdicta*) destinés à garantir la possession, parce qu'ils ne peuvent être dirigés que contre celui qui, par des voies de fait, trouble notre possession ou nous en a privé par violence ; beaucoup d'auteurs les rangent cependant parmi les actions réelles [9].

3. Les actions mixtes sont ordinairement celles qui sous un rapport sont réelles, sous l'autre personnelles ; on y compte :

a) Les trois actions divisoires : *actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum* ; leur but est aussi bien de diviser la chose jusqu'alors commune, que de demander l'exécution de certaines prestations personnelles, auxquelles l'un des copartageants est tenu envers l'autre [10].

---

[1] Fr. 1, pr.; fr. 11, D. XIX, 5. — fr. 25, § 1, D. XLIV, 7.

[2] § 13, J. IV, 6. — Dig. LX, 12. — Code, VII, 16. Cpr. aussi : fr. 1, § 2, D. VI, 1. — fr. 5, § 18, D. XXV, 3. — Const. 9, C. VIII, 47.

[3] Gajus, IV, 1, 3, 5. — § 1, 2, 15, J. IV, 6. — fr. 25, pr. D. XLIV, 7.

[4] Gajus, IV, 5, 18. — § 15. J. IV, 6. — fr. 1, D. XIII, 2. — fr. 25, pr. D. XLIV. 7. — fr. 24, D. XII, 1. — Volckmar, *Diss. de condictionum indole et natura.* Halæ 1777.

[5] Gajus, IV, 2. — § 1, 15, D. IV, 6. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XXI, c. 1, 2.

[6] *V.* à cet égard, Ducaurroy, *Institutes expliquées*, sur le § 1, III, 17.

[7] Par exemple : fr. 17, § 1 ; fr. 18, § 4. D. XIII, 6. — fr. 8. § 2, D. III, 5. — fr. 1, § 8. D. XXVII, 4. — Dans un autre sens, le défendeur peut aussi proposer, en matière de servitudes et d'autres droits réels, des *actiones contrariæ*, qui tendent à prouver le contraire de ce qu'exige le demandeur. fr. 8, pr. D. VIII, 5

[8] Fr. 5, § 1. in fine, D. XIV, 1.

[9] Fr. 1, § 3, D. XLIII, 1 : « Interdicta licet omnia in rem videantur concepta *vi tamen ipsa personalia sunt.* »

[10] § 20. J. IV, 6.

b) Les actions *in rem scriptæ*, c'est-à-dire des actions personnelles qui, sous diverses conditions particulières, peuvent également être dirigées contre le tiers possesseur de la chose; telle est l'action *quod metus causa* [1]. Mais en réalité, toutes les actions appelées mixtes, ne sont que des actions personnelles [2].

§ 205. 3. *D'après leur objet.*

D'après leur objet, les actions se divisent :

1. En actions *rei persequendæ causa comparatæ* (appelées *act. rei persecutoriæ*), en actions pénales et en actions mixtes [3].

Parmi les actions *rei persequendæ causa comparatæ*, il faut ranger toutes les actions réelles et les actions personnelles qui tendent à réclamer une chose ou à demander des dommages-intérêts [4].

Les actions pénales résultant d'un délit tendaient à punir un fait nuisible, au moyen d'une pénalité qui, chez les Romains, consistait principalement dans le droit qu'avait le demandeur d'exiger le double, le triple ou le quadruple du dommage causé par le défendeur [5].

Les actions mixtes, dans ce sens, sont les actions dérivant d'un délit, qui tendent aussi bien à réclamer la chose ou à demander des dommages-intérêts qu'à poursuivre la peine [6].

2. En *actiones speciales* et *generales*, selon qu'elles sont destinées à poursuivre une ou plusieurs choses individuelles ou bien une universalité de droit. Ces actions prennent aussi le nom de *actiones de universitate*, c'est-à-dire *de hereditate, peculio, dote* [7].

§ 206. 4. *D'après le mode de poursuite.*

Les actions, d'après les diverses manières dont on pouvait les intenter en justice, se divisaient, en droit romain :

1. En actions *stricti juris* (*judicia*, dans le sens restreint) et en actions *bonæ fidei* (*arbitria*) [8]. Cette division ne se rapportait qu'aux actions personnelles [9], principalement à la distinction qui existe entre les contrats *stricti juris* et ceux *bonæ fidei*. Ce que les actions *stricti juris* avaient de particulier, c'est que toujours l'objet de leur poursuite était *certain*, et que les obligations qui leur donnaient naissance étaient unilatérales; il n'y avait donc jamais lieu à un *contrarium judicium* [10]. La formule du jugement (*formula judicii*) devait être strictement rédigée d'après les termes du contrat; le juge devait s'en tenir exactement à cette formule et ne pouvait en aucune manière avoir égard à l'équité; il ne pouvait donc connaître de la demande, ni prendre en considération les exceptions du défendeur, que lorsque les faits sur lesquels elles se basaient détruisaient l'action *ipso jure*, c'est-à-dire en droit civil; à moins cependant que le préteur n'ait intercalé, dans la *formula judicii*, une exception qui pouvait ôter tout effet à l'action fondée en droit civil (§ 214). Par les actions (*bonæ fidei*), au contraire, on poursuivait toujours une chose *indéterminée*. Le préteur, en pareils cas, ajoutait toujours à la *formula judicii*, la clause suivante : *et quanto æquius melius* ou *ut inter bonos agier oportet* [11]. Ces mots donnaient au juge (appelé ici *arbiter*) le pouvoir, non-seulement de juger conformément aux principes du droit strict, mais aussi d'avoir égard à ce qui était sous-entendu par les principes naturels du droit et par la bonne foi. Il devait donc connaître de la demande, lorsque le contrat n'avait pas reçu son exécution par la faute du débiteur, et renvoyer, d'un autre côté, le défendeur de la plainte par des motifs d'équité, par exemple, pour cause de dol et de contrainte, quoique la formule n'en eût pas expressément parlé [12]; le défendeur pouvait également opposer, *ex eadem causa*, ses contre-prétentions [13].

2. A côté des actions de droit strict et de bonne foi, le droit romain mentionne les actions *arbitrariæ* : dans certaines actions, en effet,

[1] Fr. 9, § 6, 8; fr. 14, § 3. 5, D. IV, 2.
[2] Vinnius, *Ad Inst.* IV, 6, 1.
[3] Gajus, IV, 6 9. — § 16, J. IV, 6.
[4] § 17, J. IV, 6.
[5] § 18, 21-25, J. IV, 6.
[6] § 19, J. IV, 6.
[7] Fr. 1, pr. § 1, 3; fr. 73, D. VI, 1. — Nous rencontrons au fr. 38, pr. D. XVII, 2, l'expression *judicia generalia* dans un autre sens.
[8] Gajus, IV, 61-68. — § 28-30, J. IV, 6. — Stever, *Comm. de summario Romanorum judicio s. de stricti juris et bonæ fidei actionibus.* Lips. 1822. — Heffter, *Liber observ. ad Gaji instit. comm. IV*, p. 76.
[9] Justinien seulement a déclaré que la *pétition d'hérédité* (*hereditatis petitio*) était une action *bonæ fidei*. Const. 12, § 3, C. III, 31. — § 28, J. IV, 6.
[10] Cicéron, *Pro Roscio com.* c. 4. — Gajus, III, 137. — § 3, J. III, 22 (23).
[11] Cic. *Top.* c. 17; *De officiis*, III, 15, 17.
[12] On appliquait le principe : *dolum obesse oportere* ou *exceptio doli iis inesse*, fr. 6, § 9, D. XIX, 1. — fr. 84, § 5, D. XXX. — fr. 21, D. XXIV, 3.
[13] Gajus, IV, 61. — § 30, J. IV, 6.

réelles aussi bien que personnelles, le préteur ordonnait, dans l'*arbitrium judicis*, que le défendeur, surtout lorsqu'il paraissait évidemment devoir succomber, exécutât incontinent et sans enquête préalable, un fait qui satisfît à l'action du demandeur : par le refus du défendeur de se soumettre à cet *arbitrium*, l'affaire s'instruisait dans les formes ordinaires, et en cas de condamnation, le défendeur subissait, à titre de peine, plusieurs conséquences très-préjudiciables. Le juge pouvait, en effet, adjuger *ex æquo et bono* toute la demande, et condamner, dans certains cas, le défendeur à payer le quadruple [1].

§ 207. C. *Du concours de plusieurs actions* [2].

Le concours de plusieurs actions existe, en général, lorsqu'elles se rencontrent dans la même personne.

1. Le concours est *objectif*, lorsqu'une personne a plusieurs actions contre le même défendeur ; il est de quatre espèces :

a) Il est *cumulatif*, lorsque ces diverses actions sont dirigées dans un but et contre des objets différents ; aucune d'elles n'exclut l'autre et chacune produit les effets qui lui sont propres [3]. Ce concours a lieu lorsque *le même* fait illicite donne naissance aux diverses actions [4], ou lorsqu'elles naissent de *divers* faits licites ou illicites [5], mais en tendant à des buts différents.

b) Il est *électif*, lorsqu'à la vérité ces diverses actions reposent sur des bases différentes, mais qu'elles ont toutes le même but principal. Le demandeur a ici le droit de choisir entre ses actions celle qu'il veut intenter : s'il n'atteint pas son but par l'une d'elles, il lui est encore permis d'intenter les autres [6] ; mais dans le cas contraire, ses autres actions sont détruites, à moins que l'une d'elles ne lui donne de plus grands avantages que ceux qu'il a obtenus [7].

c) Il est *alternatif*, lorsque les diverses actions qui ont une base commune, ont différents objets pour but, mais que le choix du demandeur est restreint à l'une ou à l'autre. Le choix qu'il a fait détruit toutes les autres actions, peu importe qu'il l'emporte ou qu'il succombe [8].

d) Il est *successif*, lorsqu'une des actions ne peut être intentée qu'après une autre. Tel est le cas d'une action préjudicielle ou préparatoire par rapport à une autre [9], ou d'une action dont la nature ne permet de l'intenter qu'une seule fois, mais qu'après elle d'autres sont encore recevables [10].

2. Le concours est *subjectif*, lorsqu'une action appartient à plusieurs demandeurs contre un seul défendeur, ou à un demandeur contre plusieurs défendeurs, ou à plusieurs demandeurs contre plusieurs défendeurs. Il est ici de principe que les diverses actions peuvent toutes être intentées soit en même temps, soit successivement [11], excepté lorsque parmi plusieurs demandeurs ou défendeurs, l'un n'est fondé ou obligé qu'autant que l'autre n'a pas reçu ou livré l'objet de la dette [12].

§ 208. D. *De la transmission des actions.*

Les actions se transmettent à d'autres personnes :

1. Par succession universelle (*successio per universitatem*) et *ipso jure*, aussi bien activement aux héritiers du demandeur, que passivement à ceux du défendeur. Cette règle

---

[1] Gajus, IV, 163-165. — § 31, J. IV, 6, et Théophile, *ad h. l.* — fr. 14, § 3 in fine, § 4, D. IV, 2. — fr. 2, pr.; fr. 3, D. XIII, 4. — fr. 68, in fine, D. VI, 1.

[2] Cujas. *Obs.* lib. VIII, c. 24. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XXI, c. 3. — H. Vianen, *De concursu actionum.* Traj. ad Rhen. 1736, et dans OElrichs. *Thes. diss. nov. Belg.* vol I, t. 1. — Glück, *Comm.* 4e partie, § 284a-284c. — F. C. De Savigny, *Diss. de concursu delictorum formali.* Marb. 1800, § 4-9. — Baklesse, *De concursu actionum civilium.* Leodii, 1830.

[3] Fr. 45. D. XVII, 2. — fr. 27, pr. D. IX, 2. — fr. 11, § 2, D. XI, 3. — fr. 54, § 3, D. XLVII, 2. — fr. 7, § 1, D. XIII, 1. — fr. 60, D. XLIV, 7. — fr. 130, D. L, 17.

[4] Par exemple, § 19. J. IV. 1. — fr. 5, § 8, D. XIII, 6. — fr. 29, pr. D. XVI, 3, comparé avec le fr. 51, § 1, D. XLVII, 2.

[5] Fr. 18, D XLIV, 7. — fr. 2, § 1, 4, D XLVII, 1.

[6] Fr. 76, § 8, D. XXXI. — Const. 1, C. VI, 43. — fr. 18, § 3, D. XIII, 5. — fr. 93, § 1, D. XXXII. — fr. 12, § 1, D. XLI. 2. — Const. 11, C. III, 28.

[7] Fr. 28, D. XIX. 1. — fr. 34, pr. in fine, D. XLIV, 7. — fr. 47, D. XVII, 2.

[8] Fr. 19, D. XXXI. — fr. 112, pr. D. XLV, 1. — fr. 4, § 2; fr. 7, D. XVIII, 3. — fr. 9, § 1, D. XIV, 4. — fr. 4, § 3, D. IX, 4. — Const. 4. C. IV, 54.

[9] Fr. 23, § 5, D. VI, 1. — fr. 3, § 6. D. X, 4. — fr. 1. § 1. D. X, 4. — Const. 20, C. III, 36. — Const. 13, C. III, 32.

[10] Fr. 20, § 4; fr. 44, pr. D. X, 2. — fr. 4, § 2, D. X, 3.

[11] § 2, J. IV, 4. — fr. 44, D. XV, 1. — fr. 1, § 17, D. XIV, 1. — fr. 1, § 10; fr. 2; fr. 3, D. IX, 3. — Const. 5, C. V, 51.

[12] § 1, J. III, 16 (17). — fr. 32, pr. D. XV, 1. — fr. 6, § 4, D. IV, 9. — fr. 11, § 8-10; fr. 28, D. XLIV, 2. — Const. 28, C. VIII, 41.

souffre néanmoins les exceptions suivantes :

a) Les actions pénales résultant d'un délit, sauf l'action d'injures, passent, il est vrai, aux héritiers du lésé [1], mais ne peuvent être dirigées contre les héritiers du délinquant [2], à moins que le délit de leur auteur ne les ait enrichis [3].

b) Les actions fondées sur le ressentiment et l'esprit de vengeance (*actiones quæ vindictam spirant*), c'est-à-dire celles que, sans éprouver de perte réelle, l'on peut intenter parce que le caractère personnel a été blessé [4], ne se transmettent pas aux héritiers du demandeur, mais peuvent être intentées par le demandeur contre les héritiers du défendeur [5], si elles ne sont pas basées sur un délit [6]. Néanmoins, l'action pénale, de même que l'action *quæ vindictam spirat*, une fois intentées et pendantes, passent aux héritiers du demandeur et à ceux du défendeur [7].

2. L'ayant droit peut également transmettre à autrui, sa vie durant, par succession à titre particulier, des actions isolées; mais cette transmission doit être faite par cession ou par délégation.

§ 209. E. *De la durée des actions.*

1. *Règle générale.*

Toute action s'éteint avec le droit qu'elle poursuit. Mais tant que le droit existe, l'ayant droit a, d'après les principes généraux, la faculté d'intenter en tout temps son action.

D'après l'ancien droit romain, les actions étaient, en règle générale, perpétuelles (*perpetuæ*), et dans quelques cas seulement, surtout dans les actions prétoriennes, la loi fixait un délai endéans lequel elles devaient être intentées, à peine de déchéance. Elles s'appelaient, par opposition aux premières, temporaires (*actiones temporales*) [8]. Le droit nouveau, au contraire, accorde en général à chaque action qui autrefois était perpétuelle, un laps de trente ans [9]; elle peut donc, après cet espace de temps, être écartée et éteinte par la prescription (*temporis exceptio s. præscriptio*). Les modernes appellent cette manière d'éteindre les actions, la *prescription des actions*, qui est une espèce de leur *prescription extinctive*.

§ 210. 2. *Des exceptions à cette règle.*

Mais la règle du droit nouveau, en vertu de laquelle les actions s'éteignent par le laps de trente ans, à compter du moment où elles sont fondées [10], souffre les exceptions suivantes :

1. Il est des actions qui, pendant un certain délai, ne sont soumises à aucune prescription. Telles sont, pendant la durée du mariage [11], les actions de la femme mariée, pour les biens dotaux aliénés par le mari ; les actions des fils de famille pour leurs biens adventices aliénés invalidement par le père, elles ne se prescrivent pas pendant toute la durée de la puissance paternelle [12]; telles sont encore les actions des pupilles, pendant l'impuberté et la tutelle [13].

2. D'autres actions ne s'éteignent que par le laps de 40 ans, à compter du moment de leur existence. Telles sont les actions qui ont pour objet les biens de l'Etat et les biens patrimoniaux du prince, de même que les actions des églises, des établissements de bienfaisance et des villes [14]; telle est l'action hypothécaire, en tant qu'on peut l'intenter contre le débiteur lui-même et contre ses héritiers [15]; lorsqu'une action a été intentée et que le procès a été

[1] Gajus, IV, 112. — § 1, J. IV, 12, et Théophile, *ad h. l.*

[2] Fr. 1, pr. D. XLVII, 1. — fr. 111, § 1, D. L, 17. — Fr. 22, D. XXXIX, 1.

[3] Fr. 38, 127, D. L, 17. — Const. unica, C. IV, 17.

[4] Par exemple, l'action de testament inofficieux, l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude.

[5] Fr. 6, § 2; fr. 7, D. V, 2. — Const. 5, 34, C. III, 28. — Const. 7, 10, C. VIII, 56.

[6] § 1, J. IV, 12. — fr. 13, pr. D. XLVII, 10.

[7] Fr. 26, 33, 58, D. XLIV, 7. — fr. 139, pr.; fr. 164, D. L. 17.

[8] Gajus, IV, 110. — Pr. J. IV, 12.

[9] Const. 3-8. C. VII, 39. — Code, VII, 40.

[10] Const. 3, C. VII, 39 : « *ex quo jure competere cœperunt.* » — Const. 7, § 4, C. ibid.

[11] Const. 30 in fine, C. V, 12.

[12] Const. 4, C. VI, 61. — Const. 1, § 2, C. VII, 40. — Nov. 22, chap. 24.

[13] Const. 3, C. VII, 39 : « *Sed pupillare ætate* duntaxat huic eximenda sanctioni. » Ainsi, du moment de la *puberté*, la prescription de trente ans court contre tout mineur; la prescription des actions *temporaires* seules d'un impubère ou d'un mineur commence à courir du moment de sa *majorité*. Const. 5, C. II, 41.

[14] Const. 4. 6, C. VII, 39. — Const. 14, C. XI, 61. — D'après les dispositions antérieures de Justinien, les actions des églises et des établissements de bienfaisance ne s'éteignaient que par un laps de 100 ans (Const. 23, C. I, 2. — Nov. 9), mais plus tard, il restreignit ce temps à 40 ans. — Nov. 111; Nov. 131, chap. 6. — D'après le droit canon, les actions de l'Eglise romaine ne s'éteignent que par 100 ans. Cap. 16, 17, C. 16, qu. 13. — Cap. 13, 14, 17, X. 2, 26. — Cap. 2, *De præscr. in VIto.*

[15] Const. 7, § 1, C. VII, 39.

abandonné après la *litis contestatio*, l'action ne s'éteint que par quarante ans à dater du moment du dernier acte de procédure, quoique auparavant elle eût pu être prescrite par un laps de temps moins long (*præscriptio litis pendentis*) [1].

3. Enfin, les anciennes actions temporaires qui de tout temps se prescrivaient par un laps de temps déterminé et moindre de 30 ans, s'éteignent encore dans ce même espace de temps [2]. Telles sont toutes les actions prétoriennes résultant de délits, par conséquent aussi les interdits destinés à protéger la possession troublée par voies de faits; ensuite, les actions en restitution, les actions édilitiennes et l'action de testament inofficieux [3].

§ 211. 3. *Principes particuliers à la prescription des actions.*

Nous avons encore à établir quelques principes particuliers à la prescription des actions :

1. Le fondement sur lequel la prescription des actions repose, se trouve uniquement dans la négligence et dans l'inaction judiciaire de l'ayant droit; c'est pour ce motif qu'en droit romain on n'examine jamais la bonne foi du défendeur qui prescrit [4].

2. La prescription d'une action ne commence à courir que du moment où elle est fondée en droit [5], et où le demandeur est en état de l'intenter; de là la règle si connue : *agere valenti non currit præscriptio.*

3. Dans les actions qui ne se prescrivent que par 30 ou 40 ans, le laps de la prescription est toujours un délai continu (*tempus continuum*), et dans quelques actions temporaires, un délai utile (*tempus utile*) (§ 195); la prescription n'est parfaite que lorsque le dernier jour (*dies novissimus*) est entièrement écoulé [6].

4. La prescription de l'action est interrompue soit par l'introduction de l'action elle-même et par la *litis contestatio* qui s'en est suivie [7], soit par une protestation faite en due forme [8], soit par la reconnaissance expresse ou tacite de dette de la part du débiteur [9].

5. La prescription de l'action a uniquement pour effet de donner lieu à une exception contre la demande (*exceptio, præscriptio*). Il s'ensuit que l'extinction de l'action ne fait pas à elle seule perdre au demandeur tout son droit, mais il est vrai de dire que s'il peut encore le poursuivre d'une autre manière, par exemple, par une exception, il ne le peut cependant jamais par une action; de là la règle : *quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* [10].

6. Il n'existe point de restitution contre la prescription des actions par 30 ou 40 ans [11].

§ 212. II. *De la litis contestatio* [12].

Dans l'ancienne procédure romaine, la *litis contestatio* consistait dans un acte émané de chacune des parties. En effet, lorsque le demandeur avait produit l'action qu'il voulait intenter, et que le préteur l'avait accordée, on fixait un terme pour plaider l'affaire. Pendant ce temps, le demandeur exposait son action, le défendeur y répondait, soit en avouant (*confessus in jure*) les faits sur lesquels l'action reposait, soit en les déniant, soit en opposant

[1] Const. 9, C. VII, 39. — Const. 1, § 1, C. VII, 40.

[2] Const. 3, C. VII, 39, « Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, *non illæ, quæ antiquis temporibus limitabantur.* »

[3] Pr. J. IV, 12. — fr. 28, D. XXI, 1. — fr. 8, § 17; fr. 9. D. V, 2.

[4] Const. 8, § 1, C. VII, 39 : « Si vero mala fide, etc. »

[5] Const. 3, C. VII, 39 : « ex quo jure competere cœperunt. » — Const. 7, § 4, C. ibid. — Const. 1, § 1, C. VII, 40. — fr. 9, § 3, D. XIII, 7.

[6] Fr. 6, D. XLIV, 7 : « In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. »

[7] Const. 9, C. VII, 39. — Const. 2, C. III, 19. — Const. 10, C. VII, 32. — Const. 1, 2, 10, C. VII, 33.

[8] Const. 2. 3, C. VII, 40.

[9] Par exemple : Const. 7, § 5; Const. 8, § 4, C. VII, 39. — fr. 18, § 1, D. XIII, 5. — Const. 5, C. VIII, 40. — Const. 19, C. IV, 21.

[10] Fr. 5, § 6, D. XLIV, 4. — Const. 5. 6, C. VIII, 36. — Const. 2, C. VIII, 31. — fr. 2, D. XLIV, 3, combiné avec le fr. 59, D. XXI, 1. — Ce point est très-contesté par les auteurs; les uns adoptent l'opinion que la prescription éteint l'*action* seule et nullement le droit lui-même. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XXII, c. 2 in fine; ainsi que Weber, Thibaut, Dabelow, Glück, etc. — D'autres enseignent que le droit se perd avec l'action; ce sont Kuri, Sommer, Linde, Wening-Ingenheim, Lœhr. — Thibaut adopte aussi cette opinion pour la *præscr. longissimi temporis.* — Guyet, Francke, Unterholzner, Rossbirt, ont encore défendu la première opinion; Heimbach et Buchel la seconde.

[11] Const. 3, 4, C. VII, 39.

[12] Cod. III, 9. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XXIV, c. 1. — C. G. Winckler, *Discrimen inter litis contestationem jure veteri et hodierno.* Lips. 1751. — C. F. Vossler (pr. Malblanc), *Diss. de litis contestatione Romanor.* Tübing. 1808. — Glück, *Comm.* t. VI, § 499. — Danz, *Diss. de litis contestatione, quæ fuit tempore legis actionum.* Jenæ, 1831.

des exceptions par lesquelles il cherchait à se protéger contre l'action (§ 213). L'exposé du demandeur et la réponse du défendeur formaient un ensemble de faits appelé *litis contestatio* [1], qui rendait le procès pendant (*lis pendens*) et dont les conséquences étaient très-importantes. En effet, en droit nouveau [2] :

a) La *litis contestatio* interrompt toute prescription, aussi bien celle de l'action que l'usucapion de la part du défendeur [3].

b) La chose qui forme l'objet du procès devient *res litigiosa*; elle empêche donc le demandeur de céder l'action intentée, et le défendeur d'aliéner et de changer la chose, objet du litige [4].

c) Aussitôt qu'il y a contestation, le procès doit être poursuivi devant le même juge qui en a d'abord connu, quand même le défendeur ne serait plus justiciable de son tribunal [5].

d) Le défendeur acquiert le droit d'intenter, devant le juge qui connaît de l'action, une action contraire contre le demandeur, lors même que le juge serait incompétent, eu égard au demandeur [6].

e) Du moment de la *litis contestatio*, le possesseur, quoique jusqu'alors de bonne foi, est considéré comme possesseur de mauvaise foi, quant à tous les accessoires qu'il doit restituer avec la chose principale [7].

f) Des actions qui ne se transmettraient ni aux héritiers, ni contre eux (§ 208), acquièrent cette qualité par la *litis contestatio* [8].

g) Enfin, elle donne lieu à une prorogation de juridiction (*prorogatio juridictionis*), lorsque le défendeur, attaqué devant un juge incompétent, n'oppose pas l'exception d'incompétence (*judicis incompetentis*) [9].

§ 213. III. *Des exceptions* [10].

A. *Notions générales.*

Le défendeur avait, en droit romain, plusieurs moyens de répondre à l'action du demandeur :

1. Il pouvait, par la *litis contestatio* négative, dénier simplement les faits qui servaient de base à l'action du demandeur.

2. Le défendeur pouvait produire des faits nouveaux, par lesquels le droit du demandeur, eût-il été fondé dans le principe, était détruit *ipso jure*, c'est-à-dire en droit civil; ce moyen avait pour effet de rendre nulle toute action; par exemple, si la dette était déjà payée ou remise par acceptilation [11], et le juge devait y avoir égard d'office (*ex officio*), lors même qu'il n'en avait pas été question dans la formule du jugement (*formula judicii*).

3. Enfin le défendeur pouvait invoquer des faits qui, sans détruire l'action *ipso jure*, lui donnaient cependant droit à la protection du préteur, *quia iniquum foret eum condemnari;* par exemple, s'il prouvait qu'il n'avait contracté que parce qu'on l'avait surpris par dol ou forcé par crainte, ou que la dette lui avait été remise par un pacte *de non petendo*. Ces moyens de protection, que le préteur donnait par équité contre une action fondée en droit civil, et qu'il insérait dans la formule du jugement pour que le juge y eût égard, s'appelaient *exceptiones seu præscriptiones*. L'action n'était pas détruite *ipso jure*, mais ses effets pouvaient être rendus nuls par l'exception [12].

En droit moderne, l'idée d'exception est beaucoup plus étendue qu'en droit romain. Aujourd'hui, l'on entend en effet par *exceptions*,

---

[1] Ce nom provient de ce que, dans les anciens temps, les Romains avaient pour coutume que le demandeur, en commençant le procès, appelait quelques-unes des personnes présentes comme témoins, ce qui s'appelait *antestari* ou *contestari*. Festus, *De v. sig.* v° *contestari*. De là aussi on appelle le demandeur : *actor litem contestatur :* fr. 48, D. XLVI, 2. — fr. 3, § 10, D. XLVI, 7. — fr. 11. pr. D. XIII. 7. — fr. 35, § 2, D. XII, 2, et la Const. 1, C. III, 9. — Nov. 96, chap. 1; on disait du défendeur : *judicium accipit*, fr. 28, § 2, D. V, 1. — fr. 16, D. III, 3.

[2] Car le droit nouveau ne parle déjà plus de la *novatio necessaria* qui, dans l'ancien droit, était dans un *judicium legitimum* la conséquence de la *litis-contestatio*.

[3] Const. 9, C. VII, 39. — Const. 10, C. VII, 32. — Const. 2, 10, C. VII. 33. — Const. 2. C. III, 19. — Const. 3, C. VII. 40. — Unterholzner et Buchholtz sont d'une autre opinion quant à l'usucapion; mais v. la const. 2, C. III, 19 : — « tanquam lite — contestata. »

[4] Dig. XLIV, 6. — Code, VIII, 37. — fr. 13, D. X, 2. — fr. 12, D. VI. 1. — Nov. 112, chap. 1. — Clem. 2, *ut lite pendente* (II, 5).

[5] Fr. 19, pr. D. II, I. — fr. 7, 30, 34, D. V, 1. — Cap. 19. X. 2, 2. — Cap. 20, X. I, 39.

[6] Nov. 90, cap. 2, § 1. — Cap. 3, *de rescriptis, in VIto.*

[7] Fr. 20, § 11; fr. 25, § 7; fr. 40, pr. D. V, 3. — fr. 20, 45, D. VI, 1. — fr. 2, 34, 35. D. XXII, 1. — Const. 1, § 1. C. III, 31. — Const. 22, C. III, 32.

[8] § 1, J. IV, 12. — fr. 26, 58, D. XLIV, 7. — fr. 87, 139. 164, D. L, 17. — Const. 5, C. III, 28. — Code, I, 20.

[9] Fr. 51, 52, pr. D. V, 1. — Const. 13, C. VIII, 36. — Cap. 19, X. 1. 29.

[10] Gajus. IV, 116 suiv. — Inst. IV, 13. — Dig. XLIV, 1. — Code, VIII. 36. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XVI, 2; XXII; XXIV, 1.

[11] Gajus, III, 168-181.

[12] Gajus, IV, 116, 117. — Pr. § 1-5, J. IV, 13.

toutes les objections du défendeur, qui ne rentrent pas dans la catégorie de la *litis contestatio* purement négative; elles comprennent donc le cas où le défendeur invoque des faits nouveaux, par lesquels il cherche à se protéger contre la demande, sans distinguer si, en droit romain, l'action eût été anéantie de plein droit (*ipso jure*) ou rendue inefficace par une exception (*per exceptionem*) [1].

§ 214. B. *Des diverses espèces d'exceptions.*

Les vraies exceptions se fondaient, en droit romain :

1. D'après leur origine, sur l'édit du préteur. Plus tard, les lois et les sénatus-consultes en introduisirent également, et de là vient leur division en *civiles* et en *prétoriennes* ou *honoraires* [2].

2. D'après l'effet qu'elles produisent, elles se divisent en exceptions *péremptoires* ou *perpétuelles* (*peremptoriæ s. perpetuæ*), qui détruisent l'action pour toujours, en entier ou en partie, et en exceptions *dilatoires* ou *temporaires*, qui avaient poor effet d'écarter l'action pour un certain temps [3].

3. Enfin, sous le rapport de la personne qui les exerce, les exceptions sont *personnelles* ou *inhérentes à la personne* (exc. *in personam conceptæ s. personæ inhærentes*), et *réelles* ou *inhérentes à la chose* (*in rem conceptæ s. rei cohærentes*). Les premières sont entièrement personnelles et ne peuvent être opposées que par la personne à laquelle les lois l'accordent; les secondes, au contraire, se rapportent au fait ou à la chose qui forme l'objet du litige, et peuvent être opposées par quiconque y a intérêt; par exemple, par les héritiers et les cautions du véritable débiteur [4].

§ 215. C. *De la durée des exceptions.*

En règle générale, les exceptions sont imprescriptibles, parce que leur usage est subordonné à l'action du demandeur [5]. Ce principe s'applique non-seulement à ces exceptions que l'on ne peut jamais faire valoir qoe comme exceptions, par la nature même du droit qui leur sert de base [6], mais aussi aux cas où le droit sur lequel elles se fondent, aurait pu être poursuivi par une action éteinte par prescription [7]. Il y a cependant quelques exceptions qui s'éteignent après un certain laps de temps, quand même l'action à laquelle elles eussent pu être opposées, n'est pas intentée pendant ce temps; par exemple, l'exception *non numeratæ pecuniæ*, l'exception *dotis cautæ sed non numeratæ*, et l'exception *non solutæ pecuniæ*.

§ 216. IV. *De la réplique.*

De même que le défendeur peut opposer une exception à l'action, de même le demandeur peut, par de nouveaux faits et circonstances, et des points de droit particuliers, repousser et détruire l'effet de l'exception du défendeur, et, de cette manière, maintenir sa demande. Cette nouvelle allégation du demandeur s'appelle *la réplique* (*replicatio*) [8].

§ 217. V. *De la duplique.*

La réponse du défendeur à la réplique s'appelle *la duplique* (*duplicatio*) [9], de même que la réplique du demandeur à celle-ci se nomme *la triplique* (*triplicatio*) [10], etc. On ne peut déterminer en général le nombre de ces réponses. En première instance, on clôt ordinairement les débats après la duplique, et, dans tous les cas, le défendeur doit avoir le dernier la parole.

§ 218. VI. *De la durée des répliques et des dupliques.*

Les répliques, dupliques et toutes les réponses réciproques des parties doivent être regardées en général comme des exceptions et exemptes par là de toote prescription [11]; mais l'action prescrite ne peut plus être opposée comme réplique [12].

[1] Voilà pourquoi nous avons aujourd'hui l'exception de paiement (*exceptio solutionis*) qui, en droit romain, n'était pas une exception. Gajus, III, 168.

[2] Gajus, IV, 118. — § 7, J. IV, 13.

[3] Cicéron, *De invent.* II, 20. — Gajus, IV, 120-125. — § 8-10, J. IV, 13. — fr. 3, pr. D. XLIV, 1.

[4] Fr. 7, D. XLIV, 1. — § 4. J. IV, 14. — fr. 24, 25, D. XLII, 1.

[5] Fr. 5, § 6, D. XLIV, 4. — Const. 5, 6, C. VIII, 36.

[6] Par exemple, l'exception de paiement et celle du pacte *de non petendo*.

[7] Par exemple, l'exception rédhibitoire (*exceptio redhibitoria*). fr. 2 D. XLIV, 3, combiné avec fr. 59, pr. D. XXI, 1.

[8] Fr. 2, § 1; fr. 22, § 1, D. XLIV, 1. — Surtout pr. J. IV, 14. Par exemple : fr. 9, § 4, D. XII, 2. — Gajus, IV, 126.

[9] § 1. J. IV, 14. — Gajns. IV, 127.

[10] § 2, J. ibid. — fr. 2, § 2, 3, D. XLIV, 1. — Gajus, IV, 128.

[11] Fr. 2, § 1-3; fr. 22, § 1, D. XLIV, 1. — Const. 6, C. VIII, 26.

[12] Fr. 9, § 4, D. XII, 2.

CHAPITRE III.

DES INTERDITS, MISSIONES ET RESTITUTIONS.

§ 219. *Des interdits.*

Les interdits étaient des formules par lesquelles le magistrat compétent interposait son autorité dans les contestations, en donnant un ordre impératif ou prohibitif [1]. Ils prirent naissance dans l'*imperium* du préteur [2], et se révélaient dans toutes les parties du système de droit; ils étaient surtout accordés dans les cas où la loi ne donnait pas d'actions, et devaient non-seulement protéger les choses du droit humain (*res humani juris*), mais aussi celles du droit divin (*res divini juris*); ils avaient trait aux places publiques, aux chemins, aux fleuves [3]; dans le droit privé, ils protégeaient également les personnes et les choses. En outre, nous les trouvons lorsqu'il s'agit de la possession, tantôt dans les cas où la loi n'accordait pas d'action [4], tantôt dans les cas où ils concouraient, avec les actions, à acquérir la possession [5]. Ils servaient aussi à protéger des droits dans des cas où la possession n'était pas admise; par exemple, lorsqu'il s'agissait d'obtenir ou de faire maintenir des chemins privés [6]. Le système des interdits était tellement étendu que le préteur, pendant son exercice, en faisait un usage bien plus fréquent que des actions; ils ont été rassemblés dans le 43e livre des Pandectes. En général, ils se divisent en prohibitoires, restitutoires et exhibitoires; d'après la distinction faite plus haut, ils se rapportent ou non à la possession; enfin, sous le rapport de la procédure, ils sont simples ou doubles [7].

Sous Dioclétien et Maximien, ils se rapprochèrent davantage des actions, parce qu'à cette époque le magistrat ne recourait plus au *judex* en matière d'actions, et qu'il ne restait plus entre les actions et les interdits d'autre distinction que celle d'une procédure plus sommaire lorsqu'il s'agit d'interdits [8]. Il est donc tout naturel que la procédure par actions obtînt la prépondérance, que l'usage de beaucoup d'interdits se perdit et que ceux qui restèrent subsister conservèrent l'esprit de l'ancien système; nous les indiquerons donc dans les matières où ils se présenteront; les principes généraux seront exposés dans la matière de la possession.

§ 220. *Des missiones.*

Le droit civil romain avait des moyens propres pour mettre la chose jugée à exécution: c'est à cette exécution que se rapportait la *missio in bona*, mais dans les cas seulement où le préteur avait une juridiction particulière; par exemple, lorsqu'il était fidéi-commissaire, il faisait exécuter son jugement par l'envoi pur et simple *in bona*. Dans les autres cas, les envois *in bona* étaient des moyens coercitifs nouvellement accordés par la procédure prétorienne; par exemple, pour cause de désobéissance [9]; ils étaient aussi accordés pour sûreté de parvenir au jugement [10], comme dans le gage prétorien; le préteur les employait également pour venir en aide aux stipulations prétoriennes [11]; on les rencontrait en matière de succession [12]. Enfin, ils avaient lieu aussi en cas d'insolvabilité d'un débiteur; par là, l'ancienne procédure en matière de concours qui se faisait par la vente des biens du débiteur (*per bonorum venditionem*) fut modifiée, et le gage et l'hypothèque devinrent les moyens d'exécution généraux en matière de concours [13]. Tantôt l'envoi s'appliquait à tous les biens d'une personne, tantôt il ne concernait que quelques-uns de ses biens; il produi-

[1] Gajus, *Inst.* IV, 139. — Pr. J. III, 14; IV, 15.

[2] *Prætor aut proconsul auctoritatem suam finiendis controversiis præponit.*

[3] Fr. 1, pr.; fr. 2, § 1, D. XLIII, 1.

[4] *Interdicta retinendæ et recuperandæ possessionis.*

[5] *Interdicta adipiscendæ possessionis.* Dans les cas où les actions noxales étaient accordées, il y avait aussi des *interdicta noxalia*, même dans la maintenue de la possession. fr. 5, D. eod.

[6] Fr. 2, § 2, D. eod.

[7] Fr. 2, pr. D. eod.

[8] § 8, J. IV, 1. — Const. 3, 4, C. VIII, 1.

[9] *Cautio de judicio sisti*, fr. 7, § 1-9, § 13, D. XLII 4. — Const. 9 C. VII, 72. — Nov. 53, ch. 4, § 1.

[10] Const. 3, C. VII, 53 (*de exerc. rei jud.*).

[11] *Cautio damni infecti.*

[12] *Missiones ventris nomine; ex carboniano edicto.*

[13] Théophile, sur le pr. Inst. III, 12 (*de succ. subl. quæ fieb. per bon. vend.*).

sait toujours une détention, mais ne donnait lieu à aucune possession juridique et l'*immissio* fut protégée par un interdit [1]. Toutefois, lorsque l'envoi était répété dans certains cas, il donnait lieu à la possession (*missio ex secundo decreto*) et menait à la prescription [2].

§ 221. *De la restitution en entier* [3].

I. *Notion.*

La restitution en entier (*in integrum restitutio*) consiste, en droit romain, en ce qu'un acte strictement valable en droit civil peut être, par des motifs d'équité, annulé par le préteur, sur la demande de l'une des parties que cet acte a lésée; elle replace les parties dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant l'acte [4]. C'est pour ce motif qu'elle s'appelle aussi *redintegratio causæ civili amissæ* ou bien *instauratio negotii* [5]. Il faut rechercher dans l'excessive rigueur de l'ancien droit civil la cause qui donna lieu à la naissance de la restitution en entier. En effet, d'après ce droit, beaucoup d'actes qui n'auraient pas été valables d'après les principes généraux du droit, sortissaient cependant leurs effets, pourvu que la forme civile eût été observée. Pour ce motif, le préteur donnait, à raison de tels actes, une exception, et lorsque celle-ci restait sans effet, il accordait la restitution en entier [6]. Par un semblable motif, le préteur restituait également contre le préjudice que quelqu'un souffrait par une prescription ou une omission valable en droit civil. Les restitutions en entier ont donc surtout l'Edit du préteur pour base, mais plus tard, elles furent étendues par des constitutions.

Parmi les restitutions introduites par des constitutions impériales, et que, pour cette raison, l'on appelle également restitutions civiles, l'on compte : 1° la restitution contre un jugement qui a acquis force de chose jugée, mais qui se base sur des témoignages ou des documents entachés de fausseté [7]; 2° la restitution contre un serment principal et nécessaire, prêté à la réquisition du juge, si l'on découvre de nouveaux documents; car aucune restitution n'est accordée contre le serment déféré [8]; 3° la restitution contre l'adition d'une hérédité grevée de beaucoup de dettes inconnues au temps de l'adition [9].

§ 222. II. *Des conditions de la restitution prétorienne.*

La restitution prétorienne n'est accordée qu'avec le concours des conditions suivantes :

1° Il faut qu'il existe une lésion de quelque importance [10], produite par l'acte ou l'omission de l'acte, sans que la personne lésée puisse s'en attribuer la faute [11];

2° Un motif légal de restitution [12];

3° Qu'aucun autre moyen de droit n'existe pour écarter la lésion; il n'y a donc, en règle générale, lieu à aucune restitution, lorsque l'acte est nul même en droit civil, ou du moins, quand il peut être attaqué en nullité [13].

§ 223. III. *De la procédure en matière de restitution.*

La restitution en entier doit être envisagée comme un bienfait de la loi; elle doit donc toujours être demandée [14], et quant au mode de la poursuivre, elle doit être intentée :

1° Soit directement, au moyen d'une ***action***, lorsque le lésé est dans le cas de devoir pour-

[1] Fr. 1, pr. § 5. D. XLIII. 4.

[2] Fr. 15, § 16, 21, 23, D. XXXIX, 2 (*de damno infecto*).

[3] Sources : Paul, *Sent. rec.* I, 7-9. — Code Theod. II, 15, 16. – Dig. IV, 1-7; XLIV, 4. — Code Just. II, 20-55.

Bibliographie : Sforzia Oddus, *De restitutione in integrum*. Venet. 1584 et Francf. 1672. — Cujas, *Ad tit. Dig. de in integrum restitutionibus*; dans ses *Oper.* t. I, p. 975 seq. — Duarein, *Comm. in primam partem Pand.* IV. 1-6. *Oper.* p. 74 seq. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XXI 4-14. — Dompierre de Jonquières, *De restitutionibus in integrum*. Lugd.-Bat. 1767. — Ad. Goth. Prasse, *Historia juris civ. de restit. in integr.* Hilburgh. 1783. — G. C. Gmelin, *Principia generalia restitutionis in integrum pretoriæ*. Tubing. 1809. — Glück, *Comm.* 5e part. § 431-459; 6e part. § 460-473. — Zimmern, *Rechtsges.* t. III. § 101-107. — G. C. Burchardi, *Die Lehre der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*. Gœtt. 1831.

[4] Paul, *Sent. rec.* I. 7, 1. — fr. 1, § 27, D. XLVIII, 18. — fr. 27, D. XLVIII, 19. — Const. 1, C. IX, 51.

[5] Const. 2, C. II, 41. — Const. 2, C. II, 22.

[6] Gajus, IV, 116. — § 1-5, J. IV, 13 et Théophile, sur ce passage. — fr. 1, D. IV, 1.

[7] Fr. 33. D. XLII. 1. — Code, VII, 58.

[8] Fr. 31, D. XII, 2. — Const. 19, C. II, 4.

[9] Gajus, II, 163 in fine.

[10] Fr. 4, D. IV, 1. — fr. 9, pr.; fr. 16, § 4; fr. 49, D. IV, 4.

[11] Fr. 7. pr. D. IV, 1. — fr. 16, 27, D. IV, 6. — fr. 11, § 4. 5; fr. 7, § 8, D. IV, 4. — fr. 21. § 6. D. IV, 2. — Le mineur seul est restitué même lorsqu'il a agi avec imprudence. fr. 44, D. IV, 4 — Gajus, II, 163; IV. 57.

[12] Fr. 1-3, D. IV, 1.

[13] Fr. 16, pr. § 1-4, D. IV, 4. — fr. 1, § 1, 7, 8; fr. 7, D. IV, 3. — fr. 21, § 3, D. IV, 2. Cependant cette règle est soumise à des exceptions. *V.* la const. 3, C. II, 20. — Const 3, C. II, 23.

[14] Fr. 69, D. L, 17. — fr. 25, § 1, D. IV, 4.

suivre son droit par une action, parce que l'acte est consommé ou parce qu'il a déjà souffert du préjudice. Ce cas donnait lieu, dans l'ancien droit romain, à un double procès : à un *judicium rescindens* et à un *judicium rescissorium*. Dans le premier, il n'y avait qu'à examiner si, dans les circonstances données, il y avait lieu à accorder la restitution demandée. Le préteur décidait cette question d'après une enquête extraordinaire (*extraordinaria cognitio*). Lorsque la restitution était accordée au demandeur, il rentrait également dans ses droit et action primitifs, comme s'il ne les avait jamais perdus; il intentait son action contre l'adversaire, comme une *actio rescissoria* ou *restitutoria*, et dans ce cas, le préteur donnait un *judicium*, c'est-à-dire, il nommait un *judex*; de cette manière le procès ordinaire ou le jugement rescissoire sur le principal, était introduit [1]. En droit romain postérieur, les deux procès sont combinés, et le juge après avoir entendu les deux parties (*causa cognita*), prononce en même temps sur la restitution et sur le principal.

2° Soit sous la forme d'une *exception*, lorsque l'acte préjudiciable n'est pas encore accompli et que le lésé est actionné en exécution de l'acte; ou lorsque l'acte est à la vérité exécuté, mais que le lésé est rentré par cas fortuit dans la possession de la chose que l'acte lui avait fait perdre [2].

3° Soit enfin comme réplique et duplique [3].

§ 224. IV. *De la durée de la restitution* [4].

Relativement au point de savoir dans quel espace de temps la restitution doit être demandée, il faut examiner de quelle manière on la fait valoir :

1. Si elle est directement demandée par voie d'action, elle doit être intentée dans l'espace de quatre ans [5]. Ce délai commence à courir, chez les mineurs, du moment de leur majorité, et chez les majeurs, dès qu'ils ont eu connaissance de la lésion et qu'ils sont en état de pouvoir actionner [6].

2. Si elle est demandée sous la forme d'une exception ou d'une duplique, elle peut être opposée en tout temps [7].

3. Enfin, lorsqu'on la fait valoir comme réplique, elle doit être produite dans le même délai après lequel l'action en restitution est éteinte [8].

§ 225. V. *Des effets de la restitution.*

La restitution en entier a en général pour effet de remettre, autant que possible, toutes choses dans l'état dans lequel elles se trouvaient avant l'acte. Chacune des parties est donc tenue de rendre ce qu'elle a reçu de l'autre, avec les accessions et les fruits, en tant que ces derniers ne sont pas compensés par les intérêts de l'argent qui doit également être restitué [9]; les parties doivent aussi se rembourser les impenses nécessaires et utiles qu'elles ont faites à la chose pendant leur possession respective [10]. Celui qui est restitué dans un droit qu'il avait perdu ou auquel il avait renoncé, rentre dans l'exercice de ce droit et il est libéré de l'obligation à laquelle il s'était engagé [11].

§ 226. VI. *Par qui et contre qui la restitution peut-elle être demandée?*

Relativement aux personnes par lesquelles et contre lesquelles la restitution peut être demandée, il faut remarquer :

---

[1] § 5, J. IV. 6. — fr. 35, pr. in fine, D. XLIV, 7. — fr. 13, § 1, D. IV, 4. — Vinnius, *Select. quæst.* I, 10. — Glück, *Comm.* 5e partie, p. 408. — Surtout : S. W. Zimmern, *Diss. de judicio quod vocant rescindente ac rescissorio.* Heidelb. 1826.

[2] Fr. 9, § 3. D. IV, 2.

[3] Fr. 9. § 4, D. XII, 2.

[4] Ch. F. Glück, *De vita petendæ restitutionis in integrum prætoriæ*; dans ses *Opusc.* fasc. 2, p. 259; fasc. 4, p. 1. — J. C. Koch, *De præscriptione restitutionis in integrum.* Giess. 1780. — De Schrœter, *Comm. de temporibus in integrum restitutionibus.* Jenæ, 1834.

[5] D'après l'ancien droit, toutes les actions en restitution, à l'exception de celles qui étaient accordées à cause d'une diminution de tête (*propter capitis deminutionem*) devaient être intentées dans l'espace d'une année utile (*intra annum utilem*). fr. 1, § 1, D. IV, 6. — fr. 19, 39, pr. D. IV, 4. — fr. 28, 29, D. XLIII. — fr. 1, pr.; fr. 10. pr. § 18, D. XLII, 8. — D'après les dispositions de Constantin et de Justinien, l'action *de dolo malo* doit être intentée et purgée *intra biennium continuum* (const. un. C. Th. II, 15. — const. 8. C. II, 21), et les restitutions pour défaut d'âge et pour cause d'absence doivent être demandées *intra quadriennium continuum.* Const. 2, pr. C. Th. II, 16. — Const. 7, C. II. 53.

[6] Const. 7, pr. C. II, 53. — Const. 8, C. II, 21. — Const. 4, C. II, 20.

[7] Fr. 5, § 6, D. XLIV, 4. — Const. 5, C. VIII, 36.

[8] Fr. 9. § 4, D. XII, 2.

[9] Fr. 24, § 4. D. IV, 4. — Const. un. pr. C. II, 48. — Cpr. fr. 23, § 2; fr. 28, § 6, D. IV, 6. — fr. 27, § 1; fr. 40, § 1, D. IV, 4.

[10] Fr. 39, § 1, D. IV, 4.

[11] Const. un. § 1, 2, C. II. 48. — Cpr. const. 2, C. II, 40. — Const. 8, C. II, 22.

1. Que le bienfait de la restitution peut être invoqué non-seulement par la personne lésée elle-même, mais également par ses héritiers [1], ses cessionnaires [2], et ses cautions [3], lors même qu'elle n'en ferait pas usage [4].

2. Qu'en général elle ne peut cependant être intentée que contre celui avec lequel on a contracté et nullement contre le tiers possesseur de la chose, excepté :

a) Lorsque l'action en restitution est une *actio in rem scripta* [5].

b) Lorsque le droit que l'on a perdu et dans lequel on est restitué, est un droit réel [6].

§ 227. *Des diverses causes de restitution* [7].

La restitution prétorienne a pour base soit une cause expressément déterminée dans l'Edit [8], soit la clause générale du préteur ajoutée à l'Edit de la restitution pour cause d'absence : *item si qua alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituam* [9].

§ 228. I. *De la restitution pour causes déterminées.*

A. *Pour cause de violence* [10].

Celui qui était forcé par une violence illégale ou par une crainte fondée à faire un acte qui lui était préjudiciable, mais valide dans la rigueur du droit malgré la contrainte, avait le droit de demander pour ce motif d'être restitué contre cet acte [11].

1. Ainsi, le préteur lui restituait l'action qui dérivait du droit qu'il avait perdu, et la lui accordait comme action utile, de même que s'il l'avait toujours conservée. Cette action primitive restituée prenait le nom de *rescissoria s. restitutoria* et ne perdait rien de sa nature ; c'est-à-dire qu'elle était réelle ou personnelle selon la nature du droit restitué [12].

2. Le préteur donnait en outre au lésé une action nouvelle, indépendante de la première, l'action *quod metus causa* [13], non-seulement contre celui qui avait employé la violence [14], mais également contre le tiers possesseur, même de bonne foi, de la chose qui avait fait l'objet de la violence [15], et contre les héritiers de celui qui avait fait usage de la violence, en tant qu'ils étaient devenus plus riches [16] ; cette action tendait à faire restituer la chose avec tous ses accessoires [17].

3. Enfin, le lésé pouvait aussi, selon les circonstances, se proteger, au moyen de l'action *quod metus causa*, contre quiconque l'actionnait du chef de l'acte obtenu par violence, ou qui revendiquait de lui la chose, objet de la contrainte [18].

§ 229. B. *Pour cause de dol* [19].

Lorsque quelqu'un avait été engagé par dol à faire un acte valable nonobstant le dol, d'après le droit civil, le préteur ne lui accordait pas l'action *restitutoria*, comme dans le cas de la violence et de la crainte (*vis et metus*), c'est-à-dire que l'action primitive n'était pas resti-

---

[1] Fr. 6, D. IV, 1. — fr. 18, § 5, D. IV, 4. Mais il faut que le défunt n'y ait pas valablement renoncé et que le délai de la restitution ne soit pas écoulé, l'héritier ne profitant que du temps qui reste à courir depuis le décès. fr. 19, D. IV, 4. — Const. un. C. II, 34.

[2] Fr. 24, pr. D. IV, 4. — fr. 14. § 2, D. IV, 2.

[3] Fr. 7, § 1 ; fr. 19, D. XLIV, 1. Excepté, lorsque l'on a expressément cautionné pour garantir le creancier contre le bienfait de la restitution. fr. 9, § 3, D. XIV, 6. — fr. 13, pr. D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 24. — La caution d'un mineur ne peut demander la restitution que lorsqu'elle est elle-même mineure, ou lorsqu'elle peut invoquer une *causa specialis*, comme le prouve le fr 95, § 3, D. XLVI, 3; le fr. 7, § 3, D. XLIV, 1, ne s'applique pas ici.

[4] Fr. 14, § 2, D. IV, 2. — Const. 5, § 1-3, C. II, 53.

[5] Fr. 9, § 8, D. IV, 2.

[6] § 5, J. IV, 5.

[7] Dig. IV, 1-7. — Code, II, 20-55.

[8] Fr. 1, 2, D. IV, I. « Prætor hominibus vel lapsis vel circumpscriptis subvenit : sive *metu*, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive *absentia* inciderunt in captionem, sive per *status mutationem*, aut *justum errorem*. »

[9] Fr. 1, § 1 in fine, D. IV, 6. — Cpr. fr. 26, § 9, ibid.

[10] Dig. IV, 2. — XLIV, 4. — Code, II, 20. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 40. — G. Fr. Walch, *De negotiis et actibus vi metuve extortis ex jure romano partim ipso jure nullis, partim a prætore rescindendis.* Jenæ, 1790. — Glück, *Comm.* 2e partie, § 444. — J. B. de Tiennes, *De eo quod metus causa gestum erit jure romano.* Lovanii, 1824.

[11] Fr. 1, D. IV. 2. — Cpr. fr. 3, § 1 ; fr. 7; fr. 8, § 3; fr. 21, § 1 ; fr. 23, § 2, D. ibid. — Const. 9, C. II, 20.

[12] Fr. 9, § 4-8, D. IV, 2. — Const. 3, C. II, 20.

[13] Fr. 9, § 4, 6; fr. 14, § 5, D. ibid.

[14] Et lors même qu'il ne possédait plus la chose. fr. 14, § 5, D. ibid.

[15] Fr. 14, § 3, 5; fr. 9, § 6, 8, D. ibid.

[16] Fr. 10, § 2, ibid. — Cpr. const. un. C. IV, 17. L'action appartenait également à celui qui avait intérêt que la contrainte ne fût point exercée. fr. 14, § 6, 8. ibid. — Cpr. fr. 7, § 1, D. XLIV, 1.

[17] Fr. 12, pr. D. IV, 2.

[18] § 1, J. IV, 13. — fr. 9, § 3, D. IV, 2. — Const. 5, C. VIII, 39. — Const. 5, C. VIII, 36. — Cpr. fr. 4, § 33, D. XLIV, 4.

[19] Dig. IV, 3. — XLIV, 4. — Code, II, 21. — Glück, *Comm.* 5e partie, § 452.

tuée; celui qui avait été trompé ne pouvait demander la restitution qu'au moyen de l'*exceptio* ou *replica doli* [1], qui lui était donnée contre celui qui avait employé le dol, et contre le tiers acquéreur de la chose, objet du dol, lorsqu'il l'avait acquise d'une manière lucrative ou qu'il versait dans la mauvaise foi en l'acquérant à titre onéreux [2]. Mais lorsque celui qui avait été trompé ne pouvait opposer l'exception de dol et qu'il ne pouvait présenter aucun autre moyen de droit, le préteur lui accordait l'action *de dolo malo* contre celui qui avait employé le dol et contre ses héritiers enrichis par le dol [3]; cette action tendait à faire restituer la chose obtenue par dol, avec tous ses accessoires, et lorsque la restitution n'en était pas possible, à donner un dédommagement que le lésé fixait, mais que le juge pouvait modérer [4]. L'action *de dolo malo* était soumise, comme *actio famosa*, à beaucoup de restrictions [5], et dans les cas où elle n'était pas accordée, l'on donnait une action *in factum* à défaut d'autre moyen [6].

§ 230. C. *Pour cause de minorité* [7].
1. *Principe général.*

Lorsqu'un mineur, qui est l'individu qui n'a pas atteint 25 ans accomplis [8], a éprouvé du préjudice en contractant un acte strictement valable en droit, ou en omettant une action, il peut toujours en demander la restitution par le seul motif qu'au temps où il a fait ou omis l'acte, il n'était pas majeur [9]. C'est en cela que consiste le bienfait de la loi en faveur de l'âge mineur ou les *jura minorum*. Le mineur est restitué, même lorsqu'il a occasionné le dommage par sa propre imprudence [10], ou lorsque le préjudice a pour cause la faute du tuteur ou du curateur [11], ou lorsque l'acte a été confirmé par le juge [12].

§ 231. 2. *Par qui et contre qui cette restitution peut-elle être demandée?*

La restitution pour cause de minorité appartient :

1. En général, à tous les mineurs pour tous les actes ou omissions qui leur ont fait éprouver du préjudice [13]. Néanmoins, cette règle subit les exceptions suivantes : lorsque le mineur s'est déclaré majeur dans une intention frauduleuse [14]; lorsque le prince l'a déclaré majeur [15]; lorsqu'il a été lésé à l'occasion d'une profession qu'il avait été publiquement autorisé à exercer; lorsque après avoir atteint sa majorité, il ratifie l'acte expressément ou tacitement [16], ou lorsque étant pubère il le confirme par serment [17]; lorsque l'acte n'a pas été fait par le mineur lui-même, mais par son auteur défunt majeur [18]; lorsque le mineur a donné quelque chose par motif de convenance [19]; lorsque lui-même ou son tuteur a reçu un paiement précédé d'un décret *de solvendo* [20]; enfin, il n'y a point de restitution contre des fiançailles ni contre un délit [21].

2. La restitution pour cause de minorité profite également aux héritiers et aux cessionnaires du mineur, quoiqu'ils soient majeurs [22], mais non à la caution, qui a sciemment répondu pour le mineur [23]; elle n'appartient au

---

[1] Fr. 1, pr. § 1; fr. 2, pr. D. XLIV, 4. — Zimmern, *De judicio resc.* p. 8.

[2] Fr. 4, § 27-32, D. XLIV, 4.

[3] Fr. 1, pr. § 1; fr. 17, § 1; fr. 26, D. IV, 3. — § 1, J. IV, 13. — Mais elle ne pouvait être intentée contre le tiers possesseur de la chose. Const. 10, C. IV, 44.

[4] Fr. 18, pr. D. IV, 3. — fr. 2; fr. 5, § 3, D. XII, 3.

[5] Tant relativement au *temps* endéans lequel (const. 8, C. II, 21), que par rapport à la *personne* contre laquelle (fr. 11, § 1, D. IV, 3. — const. 5, C. II, 21) et à la hauteur du dommage à cause duquel elle pouvait être intentée (fr. 9, § 5; fr. 10, D. IV, 3). Cpr. fr. 5, 38, D. ibid.

[6] Fr. 11 in fine; fr. 12; fr. 28; fr. 29, ibid.

[7] Gajus, IV, 57 in fine. — Paul, I, 9. — Code Theod. II, 16. — Dig. IV, 4. — Code, II, 22-25. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XXI, 6-13. — J. C. G. de Hedemann, *Diss. de auxilio, quod ætati impertitur sive de restitutione minorum.* Gœtt. 1751. — Glück, *Comm.* 5e partie, § 456.

[8] Le temps de la minorité se compte *naturaliter*, eu égard à la restitution, c'est-à-dire que l'on reste mineur jusqu'à ce que l'on ait complété le dernier moment de la 25e année. Fr. 3, § 3, D. IV, 4.

[9] Fr. 1, pr. § 1, 2, D. IV, 4. — Const. 5, pr. C. II, 22. — Const. 2, C. II, 25. — Const. 11, C. V, 71.

[10] Fr. 44, D. IV, 4.

[11] Fr. 29, pr.; fr. 47, D. IV, 4. — Const. 3, C. II, 25.

[12] Const. 2, C. ib. — fr. 4, D. XLII, 1.

[13] Fr. 3, § 4, D. IV, 4. — Gajus, IV, 57 : « — exceptis minoribus XXV annorum; namque hujus ætatis hominibus in omnibus rebus lapsis prætor succurrit. »

[14] Const. 1-3, C. II, 43.

[15] Const. 1, C. II, 45. — G. J. Cremers, *Explicatio leg. 1, C. de his qui veniam ætatis impetraverunt.* Grœning. 1808.

[16] Const. 1, 2, C. II, 46. — Cpr. fr. 3, § 2, D. IV, 4.

[17] Auth. *Sacramento puberum*, C. II, 28.

[18] Fr. 38, D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 29.

[19] Fr. 9, § 1, D. IV, 4. — Const. 1, C. II, 30

[20] Const. 25, C. V, 37.

[21] Fr. 9, § 2, D. IV, 4.

[22] Fr. 18, § 5, D. IV, 4. — fr. 24, pr. D. ibid.

[23] Fr. 13, pr. D. ibid. — fr. 7, § 1, D. XLIV, 1. —

tiers que lorsque son intérêt ne peut être séparé de celui du mineur [1].

3. La restitution pour cause de minorité ne peut être demandée que contre celui avec lequel le mineur a contracté l'acte préjudiciable [2] et contre les héritiers de ce dernier [3]; mais en général elle n'est pas donnée contre le tiers possesseur de la chose [4], ni contre les père et mère qui ont contracté avec le mineur [5].

§ 232. 3. *De ses effets et de sa durée.*

La restitution pour cause de minorité a pour effet de remettre toutes choses en leur état primitif [6]. Le mineur répète ce qu'il a perdu et ne doit rendre que ce dont il se trouve enrichi au moment de la *litis contestatio* [7]. Le mineur qui a atteint la majorité a encore, pendant quatre ans, le droit de demander la restitution en entier [8]. Ainsi, lorsque celui qui avait le droit de l'exiger, pour cause de minorité, meurt sans l'avoir demandée, le délai qui restait à courir profite à ses héritiers; ce délai commence à courir, pour l'héritier majeur, dès le moment de l'adition d'hérédité, et pour l'héritier mineur dès qu'il atteint lui-même sa majorité [9].

Ce bienfait que la loi reconnaît aux mineurs (ou les *jura minorum*) fut aussi étendu aux villes [10].

§ 233. D. *Pour cause d'absence* [11].

Les majeurs peuvent également demander restitution pour cause d'absence, mais seulement contre des *omissions* qui ont été causées par leur absence, et nullement contre des actes juridiques auxquels ils ont coopéré soit par eux-mêmes, soit par des fondés de pouvoirs [12]. L'on entend ici par absence, non-seulement l'éloignement d'un endroit, mais en général tout empêchement de fait, qui s'oppose à ce que l'on poursuive son droit; par exemple, la fureur, la captivité.

1. Relativement à l'absence, il faut distinguer entre sa propre absence et celle d'autrui.

a) Lorsque quelqu'un, par sa propre absence, a éprouvé du dommage parce qu'il n'a pas fait valoir son droit, il faut distinguer entre l'absence *nécessaire* et l'absence *volontaire*. Dans le premier cas, il obtient toujours la restitution, lorsqu'il n'a pas laissé de fondé de pouvoirs, ou, lorsqu'on ayant laissé un, il ne peut en obtenir un dédommagement [13]; il faut excepter néanmoins le cas où son absence avait un motif honteux, car alors la restitution ne lui est accordée que lorsqu'il ne dépendait pas de lui de laisser un fondé de pouvoirs [14]. Dans le second cas, il n'est jamais restitué lorsque son absence était de nature à encourir le blâme [15]; il l'est au contraire toujours, lorsque aucun reproche ne lui peut être adressé et s'il n'obtient aucun dédommagement de son fondé de pouvoirs, ou si aucune faute ne lui peut être imputée de ne pas avoir laissé de fondé de pouvoirs pendant son absence [16].

b) Lorsque quelqu'un craint d'éprouver un préjudice par l'absence de son adversaire, il peut éviter ce dommage, en protestant, soit en justice, soit devant un écrivain public, soit devant trois témoins [17]; mais s'il n'a pas fait de protestation, il est toujours restitué, pourvu

---

Const. 1, 2, C. II, 24. — A. C. Niehaus, *Diss. de fidejussore minoris.* Gœtt. 1778, § 14.

[1] Arg. fr. 10, pr. D. VIII, 6. — fr. 72, pr. D. XLV, 1. — fr. 23, 24, D. IV, 4. — J. P. C. Biauet, *Diss. de restitutione in integrum minorum ex causa individua majoribus proficua.* Gœtt. 1779.

[2] Lors même qu'il invoquerait le Scte Macédonien ou Velléien. fr. 3, § 2, D. XIV, 6. — fr. 11, § 7; fr. 12, D. IV, 4. Le mineur est également restitué contre l'Etat. fr. 8, D. IV, 1. — Mais lorsque le mineur a lui-même un mineur pour adversaire, il ne peut demander la restitution que lorsque ce dernier s'est enrichi par l'acte. fr. 34, pr. D. IV, 4. — fr. 11, § 6, D. ibid.

[3] Const. 6, 7, C. II, 22.

[4] Pour les exceptions, *v.* fr. 13, § 1; fr. 14; fr. 9, pr.; fr. 39, § 1, D. IV, 4.

[5] Fr. 24, § 4, D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 42.

[6] Cependant lorsqu'un mineur est restitué contre l'adition d'une succession, les legs acquittés peuvent bien être répétés, mais il en est autrement des dettes qui ont été payées. fr. 5, D. XII, 6. — fr. 22, 31, D. IV, 4.

[7] Fr. 27, § 1; fr. 47, § 1, D. IV, 4.

[8] Const. 2, § 2-4, C. Th. II, 16. — Const. 7, C. II, 52. — L'héritier sien qui s'est abstenu de la succession paternelle, fait exception. En effet, il peut encore exiger la succession paternelle pendant 3 ans, lorsque ce délai de quatre ans est écoulé (*quadriennium restitutionis*). Const. 6, C. VI, 31.

[9] Fr. 18, § 5; fr. 19, D. IV, 4. — Const. 2, § 2-4, C. Th. II, 16. — Const. 5. 7, C. II, 52.

[10] Fr. 78, § 1, D. XXXI. — Const. 3, C. XI, 29. — Const. 1, C. I, 50. — Const. 4, C. II, 54.

[11] Dig. IV, 6. — Code, II, 51. 52, 54. — § 5, J. IV, 6. — Glück, *Comm.* 6e part. § 467.

[12] Fr. 7, D. IV, 1. — fr. 1; fr. 16; fr. 27; fr. 41, D. IV, 6. — Thibaut, *System*, § 1013.

[13] Fr. 15, 26, § 9; fr. 29; fr. 39, D. IV, 6. — Const. 10, C. II, 13.

[14] Fr. 26, § 1; fr. 40, § 1 ibid.

[15] Fr. 14 ibid.

[16] Fr. 28, pr.; fr. 16, ibid.

[17] Const. 2, C. VII, 40.

que l'adversaire n'ait pas laissé de fondé de pouvoirs [1].

2. Dans les cas où quelqu'un est en droit d'exiger restitution pour cause d'absence, il peut faire valoir ses prétentions de différentes manières, selon la diversité des circonstances. Ainsi :

a) Lorsque son absence lui a fait perdre un droit déjà acquis, le préteur lui rend son action primitive, qui dérive de ce droit (*actio restitutoria s. rescissoria*) [2].

b) Lorsque son absence l'a empêché d'acquérir un droit, le préteur lui donne, comme action utile, la même action qu'il aurait eue s'il avait réellement acquis le droit (*actio institutoria*) [3].

c) Enfin, lorsqu'il est en position de faire valoir son droit au moyen d'une exception, il a l'action *rescissoria*, contre son adversaire, le demandeur [4].

Le délai de quatre ans, endéans lequel la restitution est accordée, commence à courir du jour du retour ou de la cessation de l'empêchement [5].

§ 234. E. *Pour cause d'erreur.*

Celui qui, par une erreur de fait dont il ne peut s'attribuer la faute, a éprouvé un dommage, peut demander la restitution dans son état primitif, lorsque aucun moyen de droit ne peut lui faire récupérer ce qu'il a perdu [6]. Néanmoins, cette espèce de restitution ne paraît s'être rapportée, dans le principe, qu'à la procédure, en ce qu'elle était surtout accordée contre le dommage injuste que l'on encourait parce que l'on avait contrevenu à l'ancienne procédure, si sévère [7] ; elle ne peut être demandée, en droit nouveau, que comme restitution *ex clausula generali prætoris*, dans les cas où l'erreur ne porte aucun préjudice à celui qui l'a commise [8].

§ 235. F. *Pour cause de diminution de tête* [9].

La diminution de tête éteignait, dans le chef de celui qui la subissait, tous les rapports de droit qui existaient soit en sa faveur, soit contre lui, et par conséquent aussi les obligations de droit strict [10]. Mais dans le cas de la petite diminution de tête, le préteur rendait aux créanciers de celui qui avait subi la diminution, leur action primitive [11], tandis que lui-même n'était pas apte à demander restitution de ses créances éteintes ; il en était de même du créancier qui avait adrogé son propre débiteur [12].

§ 236. G. *Pour cause d'aliénation faite* judicii mutandi causa [13].

On entend par *alienatio judicii mutandi causa facta*, toute aliénation entre vifs [14] que l'on fait dans le dessein de nuire à une autre personne [15], pour lui donner ainsi un autre adversaire et dans le but de lui rendre, de cette manière, la poursuite de son droit plus difficile ou entièrement vaine [16].

1. Lorsque l'aliénation, qui n'est jamais rescindée elle-même [17], consiste en ce que le possesseur d'une chose l'aliène, dans la crainte d'être actionné relativement à cette chose, celui à qui cette aliénation porte préjudice a une action *in factum* en dommages-intérêts contre celui qui aliène [18].

2. Lorsqu'au contraire elle consiste dans la cession d'une action, que l'on fait dans l'intention d'opposer à celui contre qui elle compète, un adversaire plus difficile, celui au préjudice de qui cette cession a été faite n'est pas tenu de répondre au cessionnaire ; il lui opposera simplement l'exception que l'aliénation a eu lieu *judicii mutandi causa*. Mais l'aliénant lui-même conservait, dans l'ancien droit, son action [19] ; le droit nouveau ne la lui reconnaît

[1] Fr. 1 ; fr. 21, pr. § 2, 3 ; fr. 22 ; fr. 39, ibid.
[2] Fr. 28, § 5, D. IV, 6. — § 5, J. IV, 6.
[3] Fr. 17, 41, 43, D. ibid. — Arg. fr. 8, § 14, D. XVI. 1.
[4] Fr. 28, § 5, D. IV, 6.
[5] Const. 7, § 1, C. II, 53.
[6] Fr 2, D. IV, 1. — Glück, *Comm.* 4e partie. § 296.
[7] Par exemple, § 33, J. IV, 6. — fr. 1, § 17, D. XLII, 6. — fr. 1. § 5, 6, D. XXVII, 6.
[8] Par exemple, fr. 7, pr. D. IV, 1.
[9] Dig. IV, 5. — Glück, *Comm.* 6e partie, § 466. — Seckendorf, *De capit. dem. minima*, § 34.
[10] Gajus, III, 83.—fr. 8, D. ibid.—§ I, J. III, 10 (11).
[11] Fr. 2, pr. § 1, 2, D. ibid. — Gajus, IV, 38.
[12] Fr. 2, § 4, D. ibid.
[13] Dig. IV, 7. — Code, XXII, 55. — Glück, *Comm.* 6e part. § 673.
[14] Fr. 8, § 3, D. ibid.
[15] Fr. 3, § 5 ; fr. 4, § I, 3, 5, D. ibid.
[16] Fr. 1, pr. D. ibid.
[17] L'on ne peut donc que très-improprement parler ici d'une restitution, quoique le fr. 3, § 4, D. ibid. et la const. un. C. II, 55, lui donnent ce nom.
[18] Fr. 1, 2, 3, 4, D. ibid. — fr. 4, § 5, 6 ; fr. 5, 7, D. ibid.
[19] Fr. 11, D. ibid. — Quant à l'exception, à cause

plns, lorsqne, dans l'intention de nuire, il a fait la cession en faveur d'une personne qni pouvait facilement opprimer le débiteur (*cessio in potentiorem*) [1].

§ 237. H. *De la restitution* ex clausnla generali prætoris.

Outre les causes déterminées de restitution dont nous venons de parler [2], le préteur promettait, dans une clause générale ajoutée à l'Edit sur l'absence, d'accorder la restitution encore ponr d'autres motifs, lorsque l'équité semblerait l'exiger [3]. Cette espèce de restitntion (*restitutio ex clausula generali prætoris*) peut par conséquent être demandée dans tous les cas où qnelqn'un est empêché de poursuivre son droit, soit par des événements extérieurs, soit par le fait d'un tiers, sans qu'il pnisse se reprocher aucune faute [4]. De même qne la restitution pour cause d'absence, elle n'est cependant accordée qne contre des *omissions* irréprochables et les préjudices qni en sont la conséquence.

Les cas suivants rentrent sous cette espèce de restitution :

1. Lorsqne par maladie on par d'autres cas fortuits inévitables, quelqu'un a été empêché de faire un acte de procédure, dont l'omission lni porte préjudice.

2. Lorsque, par le fait dn jnge, quelqu'un a été empêché de faire valoir son droit en temps ntile [5].

3. Lorsqne qnelqn'un a souffert nn dommage par snite d'nne faute excusable [6].

---

de la loi *Licinia*, fr. 12, D. ibid. — fr. 24, § 1, D. X, 3.

[1] Const. 1, 2, C. II, 14.

[2] Nous parlerons plus loin de l'aliénation faite en fraude des créanciers, et de l'action paulienne.

[3] Fr. 1, § 1 in fine, D. IV, 6. « Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam. » — fr. 26, § 9, ibid. — *V.* Glück, *Comm.* 6e part. 471, 472.

[4] Par exemple : fr. 1, § 9, D. XLIII, 19. — fr. 34, § 1; fr. 35, D. VIII, 3. — fr. 26, § 7, D. IV, 6.

[5] Fr. 1, § 1; fr. 26, D. IV, 6.

[6] Fr. 2; fr. 7, pr. D. IV, 1.

INSTITUTES DU DROIT ROMAIN.

PARTIE SPÉCIALE.

INSTITUTES DU DROIT ROMAIN.

PARTIE SPÉCIALE.

LIVRE Ier.

DES DROITS RÉELS.

§ 238. *Notion et nature générale des droits réels.*

Un *droit réel* est celui qui nous appartient si immédiatement sur une chose, qu'elle se trouve soumise à notre pouvoir légal et à notre volonté, soit sous tous les rapports, soit sous quelques rapports seulement [1].

Les principes généraux suivants découlent de la notion et de la nature du droit réel :

1. Tout droit réel donne naissance à la possibilité *légale* de disposer de la chose, et se distingue par là essentiellement de la simple possession de la chose, qui n'est que la possibilité *physique* d'en disposer. Le droit réel n'est donc nullement subordonné à la condition de la possession de la chose; il se conserve même par la perte de cette possession.

2. Tout droit réel, considéré en soi, est un droit absolu, c'est-à-dire que celui à qui il compète l'exerce directement sur la chose contre tout autre, et il existe sans qu'une personne déterminée soit particulièrement obligée (§ 15). A ce droit correspond le devoir négatif de tous, de ne point troubler, dans l'exercice de son droit, celui auquel il compète (§ 16). C'est ce point qui distingue essentiellement le droit réel des obligations.

3. Tout droit réel peut être exercé, au moyen d'une action *in rem*, par celui auquel il appartient, contre quiconque possède la chose ou qui la lui conteste [2].

4. Enfin, tout droit réel doit nécessairement finir lorsque la chose sur laquelle on l'exerce est totalement détruite [3].

§ 239. *Des espèces de droits réels en droit romain.*

Les droits que l'on peut avoir sur des choses individuelles sont, en droit romain, de deux espèces : le *dominium* et les *jura in re*. Ces derniers doivent être considérés comme parties constituantes, démembrées de la propriété, et qui appartiennent, comme droits particuliers, à un autre qu'au propriétaire [4]. C'est pour cette raison que les modernes les appel-

[1] Sur la notion du droit réel, v. Du Roi. *Spec. Observationum de jure in re.* Heidelberg, 1812. — Le même, *Noch einige Bemerkungen über,* actio in rem, *etc.*, c'est-à-dire, *Encore quelques réflexions sur l'action* in rem *et l'action* in personam, *sur le* jus in re *et l'*obligatio; dans l'*Archiv für civ. Praxis*, t. VI; v. en l'analyse dans la *Thémis*, t. VIII, 2e part., p. 1; t. IX, p. 34.

[2] § 1, J. IV, 6. — Gajus, IV, 3. — fr. 25, pr. D. XLIV, 7.

[3] Fr. 8, pr. D. XX, 6. — Cpr. fr. 23, D. VII, 4. — fr. 14, D. VIII, 6.

[4] Wæchter, *Diss. de jure in re.* Viteb. 1682. — Huber, *Animadv. ad jus in re;* dans ses *Digress. Justin.* IV, 10. — Savigny, *Traité de la possession*, p. 100 (trad. de l'allemand, par J. Beving).

lent aussi *jura in re aliena*. Ce sont : les servitudes, l'emphytéose, le droit de superficie et les droits de gage et d'hypothèque [1]. Outre la propriété et les *jura in re* que nous venons de nommer, il faut encore compter au nombre des droits réels, le *droit de succession*, considéré comme droit de l'héritier sur l'hérédité qui lui est dévolue ; en effet, ce droit peut être poursuivi par une action *in rem;* mais par rapport à son objet, il se distingue de tous les autres droits réels, en ce qu'il n'a pas pour objet des choses individuelles, mais tous les biens délaissés par le défunt, considérés comme un tout juridique, comme une universalité de droit (§ 155) [2].

La possession, au contraire, qui, considérée en elle-même, n'est pas un droit [3], mais un simple état de fait, a cependant aussi, sous certaines conditions, des conséquences légales, puisque alors elle donne naissance à divers droits avec lesquels elle est en rapport, notamment le droit d'invoquer les interdits et l'usucapion [4]. Les principes qui régissent la possession, considérée comme un état légal provisoire, doivent donc précéder la matière de la propriété et celle des droits réels.

CHAPITRE Ier.

DE LA POSSESSION [5].

TITRE Ier.

DE LA POSSESSION EN GÉNÉRAL.

§ 240. 1. *De l'idée et de la nature légale de la possession.*

1. *De la détention.*

La *possession*, dans le sens grammatical du mot, est un fait par lequel une personne tient en son pouvoir une chose corporelle, de manière qu'elle puisse en disposer selon sa volonté, et à l'exclusion de tous les autres. Ce rapport physique qui existe entre une personne et une

---

[1] *V.* cependant : Born, *Diss. de jure in re.* Lips. 1662. — Hahn, *Diss. de jure rerum et juris in re speciebus.* Helmst. 1664. — Hesselbladt, *Diss. de jure in re, quæ est res nullius.* Hal. 1779. — Rappolt, (præs. Scheldemaotel), *Diss. de numero specierum juris in re.* Stallg. 1786.

[2] Le droit romaio considère le droit de succession tantôt comme une acquisitioo par universalité (*acquisitio per universitatem*), § 6, J. II. 9 ; Doneau. *Comm. jur. civ.* VI, 1 ; tantôt aussi comme le droit de l'héritier sur la successioo acquise, ou comme une quasi-propriété de la succession (*quasi dominium hereditatis*), § 7, J. II, 19. — fr. 48, pr. D. XXVIII, 5. Pris dans cette dernière signification, il appartient certainement aux droits réels ; car la notion du droit réel comprend celle de pouvoir le poursuivre par uoe action *in rem*, et la pétitioo d'hérédité (*hereditatis petitio*) qui compète à l'héritier pour réclamer la successioo. est une action *in rem*. La combinaison de ces deux manières de voir, sous lesquelles on envisage le droit de succession, nous force de l'expliquer séparément, au livre IV.

[3] Fr. 1, § 3, D. XLI, 2 : « *Possessio facti non juris est.* »

[4] Fr. 49, pr. D. XLI, 2 : « Plurimum ex jure mutatur possessio. » — fr. 49, § 1, ibid. : « Possessio non taotum corporis, sed juris est. »

[5] Sources : Gajus IV, 138-170. — Inst. IV, 15. — Dig. XLI, 2, 3 ; XLIII, 16-23, 26, 31. — Cod. Theod. IV, 22, 23. — Cod. Just. VII, 32 ; VIII, 4. 5, 6, 9.

Bibliographie : Doneau, *Comm. jur. civ.* Lib. V, cap. 6-13. — Cujas, *Recit. ad Dig. et Cod. h. t.* (dans ses *Opera*, t. VIII, IX). — Franc. Ramos del Manzano, *Ad tit. Dig. de acquirenda poss.* dans Meerman *Thes.* t. VII, p. 78-114. — Jos. Fernandez de Retes, *Ad eumd. tit. Dig.* Ibid. t. VII, p. 454-539. — Pothier, *Traité de la possession et de la prescription.* Paris et Orléans, 1772. Nouv. édit. Paris, 1807. (Edit. Tarlier, Bruxelles, 1829-1834, t. V.) — Westphal, *System des Ræm Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, u. s. w.* ou *Système du droit romain sur les espèces de choses, la possession, etc.* Leipzig, 1788. — A. J. Cuperus, *Obs. selectæ de natura possessionis.* Lugd.-Bat. 1789. Denuo edidit, adj. aoimadv. A. F. J. Thibaut, Jenæ, 1804. — Thibaut, *Ueber Besitz und Verjæhrung*, ou *De la possession et de la prescription.* Jena, 1802. — J. C. Lange, *Phil. jurist. Abhandl. über die Natur des Besitzes*, ou *Diss. phil. jurid. sur la nature de la possession.* 2 vol. Erlangen, 1813, 1818. — G. Hufeland. *Neue Darstellung der Rechtslehre vom Besitz*, ou *Nouvelle exposition de la théorie de la possession.* Giessen, 1816. — L'ouvrage le plus remarqoable sur cette partie est : Savigny, *Das Recht des Besitzes*, ou *Traité de la possession*, 1re édit. Giessen, 1803 ; 2e,

chose, s'appelle la *détention*, qui forme la base de toute idée de possession [1].

§ 241. 2. *De la possession juridique.*

Mais, pour que cet état purement de fait puisse se transformer en une *possession juridique* (*possessio*), et donner ainsi naissance à certains droits, il faut que le détenteur joigne au fait même de la détention, l'intention (*animus*) de vouloir posséder la chose comme sa propriété [2]. Ainsi, lorsque l'intention du détenteur d'une chose est de la posséder comme *chose d'autrui* et de n'exercer que les droits de propriété *d'autrui*, le droit romain dit : *non possidet*, c'est-à-dire, il n'a pas la possession juridique, ou bien : *alieno nomine possidet*, il possède pour autrui. Ainsi, le commodataire, le dépositaire et le fermier n'ont que la détention [3].

§ 242. 3. *Des effets de la possession juridique.*

La possession juridique donne à celui qui en jouit, un droit de pouvoir réclamer les interdits, et conduit, par le moyen de l'usucapion, à la propriété [4].

1. *Le droit de réclamer les interdits* suppose l'existence d'une possession juridique, quelles que soient d'ailleurs les autres qualités de cette possession. Celui qui possède injustement peut donc, en règle générale, invoquer les interdits, si d'autres le troublent violemment dans sa possession [5].

2. *L'usucapion* suppose également l'existence d'une possession juridique, mais cette condition à elle seule ne suffit pas : il faut encore que la possession ait commencé d'une manière juste et de bonne foi (*bona fide*), et la chose qui forme l'objet de l'usucapion doit être de nature à pouvoir être usucapée.

§ 243. 4. *Des espèces de la possession juridique.*

La possession juridique est donc de deux espèces :

Possessio ad usucapionem, et

Possessio ad interdicta [6].

Ces deux espèces dans lesquelles se divise la possession juridique sont entre elles dans le rapport suivant : la possession *ad usucapionem* est destinée à produire quelques effets de plus que la possession *ad interdicta* qui est toujours contenue dans la première [7], ce qui n'a pas lien vice-versâ. Ainsi, celui qui possède *ad usucapionem*, peut aussi invoquer les interdits, à moins que cependant ce dernier droit n'appartienne, par une raison toute particulière, à une autre personne. Tel est, par exemple, le cas du créancier gagiste. C'est à cette différence entre ces deux espèces de la possession juridique que se rapportent les expressions particulières dont se servent les jurisconsultes romains, pour indiquer les rapports légaux de cette possession avec l'usucapion et les interdits :

1. La possession *ad usucapionem* seule s'appelle *possession civile* (*possessio civilis*), et celui dont la possession réunit les qualités requises à l'usucapion se nomme : *civiliter, jure civili*

1806; 3e, 1818; 4e, 1822; 5e, 1827; 6e, 1837. Plus tard ont paru : L. A. Warnkœnig, *Analyse du traité de la possession par M. de Savigny*. Liege, 1824; 3e édit. 1827. — Th. M Zachariæ, *Neue Revision der Theorie des Ræm. Rechts vom Besitze mit besonderer Rücksicht auf von Savigny's Recht des Besitzes*, ou *Nouvelle révision de la théorie de la possession en droit romain, d'après le traité de la possession de Savigny*. Leipzig, 1824. — L'ouvrage de M. de Savigny a été entièrement traduit en français. sur la 6e édition, par J. Beving. Hauman et Ce, Bruxelles, 1840. — F. J. Schollært responsio ad quæstionem : *Quid sit possessio, quotuplex, quomodo acquiratur, retineatur et amittatur*; dans les *Annal. Acad. Lovan.* 1820. — L. E. Dubus, *De possessione ex jure romano*. Lovanii, 1825. — Lherminier. *De possessione analytica Savignianæ doctrinæ expositio*. Paris. 1828.

[1] Fr. 1, pr. D. XLI, 2. « Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a pedibus, quasi positio : quia naturaliter tenetur ab eo, qui ei insistit. »

[2] Il faut néanmoins se garder de confondre la *possession* avec la *propriété*. L'on peut avoir la possession juridique d'une chose sans en être propriétaire, et vice versâ, l'on peut être propriétaire sans être possesseur. C'est pour cette raison que le fr. 12, § 1, D. XLI, 2, dit : « Nihil commune habet proprietas cum possessione. » — fr. 52, pr. D. ibid. : « Nec possessio et proprietas misceri debent. » — fr. 17, § 1, D. ibid. — Sur l'idée de l'*animus possidendi*, v. Savigny, § 9. 23-25.

[3] Fr. 13, pr. ; fr. 30, § 6, D. XLI, 2. — Cpr. fr. 9, D. VI. 1

[4] Ce sont ces conséquences qui découlent de la vraie possession, que l'on appelle *jus possessionis*, ou *les droits de la possession*. Savigny. § 2-5. — L'expression *jus possessionis* se trouve dans le fr. 44, pr. D. XLI, 2. — fr. 2, § 38, D. XLIII, 8. — fr. 5, § 1. D. XLVIII, 6. — Const. 5, C. VII, 16. — Le *jus possidendi* ou le *droit de posséder* en diffère essentiellement; celui-ci n'est que la conséquence d'un autre droit; nous ne nous en occuperons donc pas ici, où nous avons à envisager la possession comme un fait particulier, existant par lui-même, et comme une source de droits.

[5] Fr. 1, § 9; fr. 2, D. XLIII, 17.

[6] Savigny. § 7 et 10.

[7] Fr. 16, D. XLI, 3.

possidet [1]. Toute autre possession, qui ne réunit pas ces qualités, ainsi la simple détention aussi bien que la possession propre aux interdits, s'appelle possession naturelle (*possessio naturalis*) par opposition à la possession civile.

2. La possession *ad interdicta* reçoit, chez les jurisconsultes romains, simplement la qualification de *possessio*, lorsque ce mot est employé dans son acception technique, c'est-à-dire pour désigner une possession proprement dite ; on la désigne aussi par le verbe *possidere*. Toute autre possession, qui n'est pas même garantie par les interdits, par conséquent la simple détention, s'appelle de nouveau *possession naturelle* (*possessio naturalis*) [2]. La simple détention est également désignée par les verbes *tenere, corporaliter possidere, esse in possessione* [3].

§ 244. 3. *Autres divisions de la possession en général.*

a. Possessio justa vel injusta.

Par rapport à la cause (*causa, titulus possessionis*) par laquelle on possède ou détient simplement une chose, la possession est *possessio justa* ou *injusta* [4]. *Possessio justa* est toute possession que l'on a acquise d'une manière conforme au droit et dont les lois autorisent la cause, peu importe d'ailleurs que ce soit une vraie possession ou une simple détention; dans le cas contraire, la possession est *injusta*. Parmi les causes qui vicient la possession (*vitia possessionis*), il faut surtout distinguer les trois suivantes : lorsque la possession commence soit par force (*vi*), soit clandestinement (*clam*), soit précairement (*precario*) [5].

La cause par laquelle on possède a donné lieu à une règle très-remarquable : *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest;* dans le principe, cette règle ne s'appliquait qu'à l'ancienne *usucapio pro herede :* en effet, il n'était pas permis à celui qui avait commencé à posséder par une cause déterminée, de changer, par sa seule volonté, cette possession en une *possessio pro herede* [6]. Mais plus tard, chez les Romains, cette règle paraît avoir changé de signification, et s'être appliquée non-seulement au cas où le simple détenteur d'une chose d'autrui ne pouvait, par sa seule volonté, changer cette détention en possession juridique [7], mais aussi au cas où celui qui possédait *ad interdicta*, mais non *ad usucapionem*, ne pouvait également, par sa seule volonté, changer la possession proprement dite en possession civile [8].

§ 245. b. Possessio bonæ et malæ fidei.

Une autre division de la possession est celle en possession de bonne foi (*possessio bonæ fidei*), et en possession de mauvaise foi (*possessio malæ fidei*). Est possesseur de bonne foi, celui qui a des motifs plausibles de croire que personne n'a plus de droit que lui de posséder la chose [9]. Est possesseur de mauvaise foi, celui qui sait qu'il n'a aucun droit de posséder la chose [10].

§ 246. 6. *De la nature de la possession juridique.*

a. *De son objet et de son sujet.*

De la notion que nous avons donnée (§ 241) de la possession juridique, il suit que certaines choses ne peuvent devenir l'objet d'une telle possession, et que certaines personnes ne peuvent l'acquérir [11].

1. Les choses que nous savons ne pouvoir entrer dans notre propriété, ne sont pas susceptibles de tomber dans la possession juridique de quelqu'un : de ce principe il résulte que la possession des choses qui ne sont pas dans le commerce, n'est pas possible [12].

---

[1] *V.* les fr. 3, § 15. D. X, 4. — Cpr. fr. 16, D. XLI, 3. — fr. 26, pr. D. XXIV, 1. — fr. 1, § 4, D. XLI. 2. — fr. 1, § 9, 10, D. XLIII, 16.

[2] Il est des auteurs qui diffèrent de cette opinion sur la *possessio civilis*. *V.* Savigny, § 10.

[3] § 5, J. IV, 15. — fr. 9, D. VI, 1. — fr. 7, pr. D. XXXIX, 2. — fr. 3, § 3; fr. 10, § 1; fr. 24; fr. 49, § 1, D. XLI, 2. — fr. 1, § 23. D. XLIII, 16. — fr. 3, § 8, D. XLIII. 17. — fr. 7, D. XLIII, 26.

[4] Savigny, § 8.

[5] Fr. 1, § 9; fr. 2, D. XLIII, 17.

[6] Gajus, II, 52-58, cpr. avec le fr. 33, § 1, D. XLI, 3. — fr. 2, § 1, D. XLI, 5. — Const. 2, C. VII, 29. — Savigny, p. 72 de la trad.

[7] Fr. 3, § 18-20, D. XLI, 2. — fr. 6, § 3, D. XLIII, 26.

[8] Fr. 1. § 2, D. XLI, 6.

[9] Fr. 109, D. L, 16. — Cpr. fr. 27, D. XVIII, 1. fr. 32, § 1, D. XLI, 3.

[10] § 35, J. II, 1. — fr. 38. D. XLI, 3. — Savigny, § 8.

[11] Savigny, § 9, p. 95-99 de la trad.

[12] Fr. 30. § 1, D. XLI, 2. — C'est pour cette raison qu'un homme que l'on savait libre ne pouvait être possédé. fr. 23, § 2; fr. 1, § 6, ibid. — Il en est encore de même de tout objet que l'on ne peut considérer en lui-même comme une chose corporelle.

2. Quiconque ne peut avoir de propriété, est également incapable d'acquérir la possession juridique, et celui qui n'acquiert jamais que pour autrui, n'acquiert aussi la possession que pour celui sous la puissance duquel il se trouve placé. Ainsi, l'esclave et le fils de famille possèdent pour le maître et pour le père [1].

§ 247. b. Compossessio.

Toute possession est, d'après sa notion, *exclusive*, c'est-à-dire que ce que l'un possède ne peut être possédé en même temps par d'autres. Une seule et même chose ne peut donc se trouver en même temps dans la possession de plusieurs personnes, de telle manière que chacune la possède *en entier* [2]. Mais plusieurs personnes peuvent avoir la possession commune de la même chose, par *portions moralement déterminées;* une telle possession s'appelait chez les Romains : *plures rem pro indiviso* a. *pro partibus indivisis possident*, et elle a reçu, par les modernes, le nom de *compossessio* [3]. Rien n'empêche non plus que plusieurs personnes ne possèdent la même chose sous différents rapports et avec des effets divers. C'est ce qui arrive dans le cas du débiteur et du créancier nanti d'un gage : le premier a la possession civile (*possidet ad usucapionem*), tandis que le second a la possession proprement dite (*possidet ad interdicta*) [4].

§ 248. c. Juris quasi possessio.

A proprement parler, il n'y a que les choses *corporelles* qui puissent devenir l'objet d'une possession, parce qu'à leur égard seul la détention se conçoit [5]. Mais la possession juridique d'une chose corporelle n'étant en réalité qu'un exercice de fait de la propriété, on conçoit qu'il existe quelque chose de semblable à la possession, en matière de servitudes, considérées comme droits particuliers démembrés de la propriété et concédés à un autre qu'au propriétaire, qui en prend l'exercice dans l'intention de vouloir exercer un droit qui appartient à ce dernier. Cet exercice de fait d'une servitude, combiné avec cette intention, s'appelle, en droit romain, *juris quasi possessio* [6], qui se trouve dans le même rapport avec les interdits et l'usucapion que la possession des choses corporelles.

§ 249. d. Ficta possessio.

Il arrive quelquefois qu'une personne soit regardée et traitée comme vrai possesseur d'une chose, quoique, dans la réalité, elle ne le soit pas. Cette espèce de possession, appelée aujourd'hui *ficta possessio,* a lieu dans deux cas :

1. Lorsqu'on a abandonné ou négligé d'acquérir la possession d'une chose, dans l'intention doleuse de rendre à un autre la poursuite des droits qu'il prétend y avoir plus difficile (*qui dolo possidere desiit, s. dolo possessionem noluit admittere*) [7].

2. Lorsque quelqu'un *liti se obtulit,* c'est-à-dire lorsque celui contre lequel une action est intentée pour une chose dont il n'a pas la vraie possession ni même la détention, se présente comme s'il était vrai possesseur [8].

§ 250. II. *De l'acquisition de la possession.*

1. *Conditions générales.*

Deux éléments sont toujours requis pour acquérir la possession juridique :

1. L'*appréhension de la chose,* c'est-à-dire un fait matériel (*corpus*) par lequel celui qui veut acquérir la possession, est parvenu à disposer de la chose, à l'exclusion de tout autre.

2. L'appréhension seule ne suffit pas; elle

---

[1] § 4, J. II, 9. — fr. 24, D. XLI, 2. Quant aux pécules, rien n'empêche que le fils de famille ne possède pour lui-même. fr. 49, § 1, D. XLI, 2. — fr. 4, § 1, D. XLI. 3.

[2] Fr. 3, § 5, D. XLI, 2 : « Plures eamdem rem *in solidum* possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. » — fr. 5, § 15, D. XIII, 6. — fr. 19, pr. D. XLIII, 26. — Savigny, § 11.

[3] Fr. 5, D. XLV, 3. — fr. 25, § 1, D. L, 16. — fr. 8; D. VI, 1. — Dans ce cas, aucun ne possède la chose entière, mais chacun ne possède que sa part, et est étranger à celle des autres. — Cpr. aussi : fr. 3, § 2, D. XLI. 2. — fr. 32, § 2, D. XLI, 3.

[4] Fr. 16, D. XLI, 3.

[5] Fr. 3, pr. D. XLI, 2. — fr. 4, § 27, D. XLI, 3. — Savigny, § 12.

[6] Fr. 3, § 17, D. XLIII, 16. — fr. 23, § 2, D. IV, 6. — fr. 10, pr. D. VIII, 5.

[7] Fr. 25, § 8, D. V, 3. Dans le principe, ce droit n'avait lieu, d'après un Scto *juventianum*, que dans la pétition d'hérédité; fr. 20, § 6; fr. 25, § 2, 3, D. V, 3. Plus tard, il fut étendu à toutes les actions *in rem;* fr. 27, § 8, D. VI, 1. — fr. 131, 150, 157, § 1, D. L, 17. — Sur les conséquences, *v.* fr. 25, § 8-10; fr. 45, D. V, 3. — fr. 68. 71, D. VI, 1. — fr. 16, § 3, D. XX, 1.

[8] Fr. 25, 26, 27, pr. D. VI, 1. Sur les conséquences : fr. 13, § 13, D. V, 3. — fr. 5, pr. § 3, D. XII, 3. — fr. 7, D. VI, 1. — fr. 95, § 9, D. XLVI, 3. — Const. 2, C. III, 19.

doit être accompagnée de l'*intention* (*animus*) de vouloir disposer de la chose comme de *sa* propriété. Du moment où ces deux conditions, l'appréhension et l'intention, se trouvent réunies, la possession est acquise ; un seul de ces deux éléments, sans l'autre, ne suffit pas [1].

§ 251. a. *De l'appréhension* (corpus).

L'appréhension ne consiste pas précisément dans la saisie réelle et physique de la chose, mais plutôt dans un fait matériel quelconque qui donne à l'acquéreur la faculté physique de disposer de la chose, et en tout temps, selon son gré [2].

A. L'appréhension d'un *immeuble* a lieu, lorsque celui qui veut en acquérir la possession se transporte sur le fonds ou seulement sur une partie du fonds, ou lorsqu'il se trouve à proximité du fonds, ou lorsque, en vue du fonds, le possesseur actuel te lui désigne, dans l'intention de le mettre en possession [3].

B. L'appréhension d'un *meuble* est consommée :

1. Si le possesseur tient la chose entre les mains [4].

2. Si elle tombe dans ses trappes ou filets [5].

3. S'il prend la chose sous sa garde [6].

4. Si, sur son ordre, elle est remise à un autre [7].

5. Si elle est transportée dans sa maison [8].

6. Si la remise des clefs lui est faite près de l'endroit où se trouve la chose [9].

7. Enfin, si l'on fait sa marque sur une chose et que celle-ci ne se trouve plus dans la possession d'un autre [10].

Nous n'avons pas encore la possession de l'animal que nous poursuivons, fût-il mortellement blessé [11], ni du gibier qui se trouve dans nos parcs, ni des poissons qui nagent dans nos étangs [12] ; nous ne possédons pas davantage le trésor que nous n'avons pas encore trouvé [13], bien qu'il soit caché dans un fonds dont nous avons la possession.

§ 252. b. *De l'intention* (animus).

L'appréhension ne constitue par elle-même que la détention de la chose. Une autre condition est encore requise à l'acquisition de la possession juridique :

A. Il faut que l'appréhension ait été faite *animo rem sibi habendi s. possidendi* (§ 250). Cette intention de posséder consiste, en règle générale, dans la volonté de disposer de la chose comme de sa propriété [14]. Celui qui ne peut avoir de volonté, ne peut donc acquérir la possession juridique.

Sont donc incapables :

1. Les personnes morales [15].

2. Les enfants (*infantes*) qui ne peuvent acquérir de possession sans l'autorisation du tuteur [16]. Mais les mineurs qui sont sortis de l'enfance peuvent acquérir la possession, sans l'autorisation du tuteur [17].

3. Les furieux et les fous [18].

B. Celui qui, capable d'avoir une volonté, a déjà la détention d'une chose, et qui par conséquent n'a plus besoin d'une nouvelle appréhension, change cette simple détention en possession juridique, du moment où l'intention de disposer de la chose comme maître (*animus possidendi*) se joint à la détention. Les Romains nomment cette manière d'acquérir la posses-

[1] Fr. 3, § 1, D. XLI, 2 : « Adipiscimur possessionem *corpore et animo, nec per se animo, aut per se corpore.* » — fr. 3, § 3 ; fr. 8, D. ibid. — fr. 153, D. L, 17. — Savigny, § 13. — E. P. S. Despot, *Diss. de acquirenda vel amittenda possessione.* Lovan. 1827.

[2] Savigny, § 14-17.

[3] Fr. 3, § 1 ; fr. 18, § 2, D. XLI, 2. Le simple fait de l'appréhension ne suffit cependant pas pour acquérir la possession d'un immeuble, *qu'un autre a possédé auparavant ;* il faut, en outre, que celui-ci ait eu connaissance de l'appréhension, et qu'alors il cède la possession (*si vacuam tradit possessionem*), fr. 18, § 2 cité, ou qu'il soit expulsé de force par le premier (*si dejicitur aut repellitur*), fr. 25, § 2 ; fr. 46, D. XLI, 2. — Savigny, § 15 à la fin ; § 31.

[4] Fr. 1, § 1, D. ibid.

[5] Fr. 55, D. XLI, 1.

[6] Fr. 51, D. XLI, 2.

[7] Fr. 1. § 21, D. ibid. — fr. 79, D. XLVI, 3.

[8] Fr. 18, § 2, D. XLI, 2.

[9] § 45, J. II, 1. — fr. 74, D. XVIII, 1.

[10] Fr. 14, § 1, D. XVIII, 6. — fr. 1, § 2, D. ibid.

[11] § 13, J. II, 1 : « multa enim accidere possunt, ut eam non capias. » — fr. 5, § 1, D. XLI, 1.

[12] Fr. 3, § 14, 15, D. XLI, 2.

[13] Fr. 3, § 3. D. ibid. — fr. 15, D. X, 4.

[14] Savigny, § 20, 21. Cette règle souffre exception dans les cas où l'intention du possesseur est uniquement d'être protégé dans sa possession, par les interdits (*jus ad interdicta*), comme dans le cas du créancier gagiste et de l'emphytéote. fr. 16, D. XLI, 3. — fr. 33, § 1 ; fr. 37, D. XIII, 7. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1 ; c'est ce que l'on nomme aujourd'hui *possession dérivée.* — *V.* Savigny, § 23-25.

[15] Fr. 1, § 15, D. XLVII, 4 : — « possessionem *hereditas* non habet. » — fr. 1, § 22, D. XLI, 2. Mais elles peuvent acquérir par des tiers. fr. 2. ibid.

[16] Fr. 32, § 2, D. XLI, 2. — Const. 3, C. VII, 32. Sur ces deux passages, *v.* Savigny, p. 193-200.

[17] Fr. 32, pr. § 2. D. XLI, 2. — fr. 1, § 3, D. ibid. Ces mots : « *si ejus ætatis sint, ut intellectum capiant,* » signifient autant que *si infantia majores sint.*

[18] Fr. 1, § 3 ; fr. 18, § 1, D. XLI, 2.

sion : *solo animo possessionem acquirere*, et elle peut, lorsqu'elle s'exerce sur la chose d'autrui, être ou juste et légitime ou injuste. Elle est légitime, lorsqu'une juste cause (*justa causa*) rend l'intention de posséder (*animus possidendi*) légalement valable ; par exemple, lorsque le bailleur vend la chose au preneur, ou lorsqu'il lui en fait donation [1]. C'est ce que les modernes appellent *traditio brevi manu*. Elle est, au contraire, injuste, lorsqu'il n'existe pas de juste cause ; par exemple, lorsque le dépositaire soustrait la chose déposée [2].

§ 253. 2. *De l'acquisition de la possession par un tiers.*

On peut acquérir la possession d'une chose non-seulement par *soi-même*, mais aussi *par un tiers* [3].

Dans ce dernier cas, trois conditions sont requises :

1. Dans la personne par laquelle on veut acquérir la possession, le fait d'appréhension ; et, avec ce fait, l'intention d'acquérir, non pour soi-même, mais pour un autre (*animo non sibi, sed alteri possidendi*) [4].

2. Dans la personne de l'acquéreur, la volonté de posséder ; elle n'acquiert donc pas la possession, si elle ignore le fait de l'appréhension, c'est-à-dire si elle n'en a pas donné l'ordre ou si elle ne l'a pas ratifié (*ignoranti possessio non acquiritur*) [5]. Mais dès l'instant où un tiers a, sur nos ordres, appréhendé une chose, nous commençons à posséder, quoique nous n'ayons aucune connaissance de l'appréhension ; seulement l'usucapion ne commence à courir que du moment où nous avons connu l'appréhension [6].

3. L'existence d'un rapport légal entre celui qui veut acquérir la possession par un tiers et celui-ci ; ce rapport peut être une puissance légale, ou, d'après le droit nouveau, un rapport de mandataire. Dans le premier cas, le tiers prend possession en vertu d'un ordre (*jussus*) ; par exemple, l'esclave, le fils de famille [7] ; dans le second cas, en vertu d'un mandat (*mandatum*) [8].

§ 254. 3. *De l'acquisition de la* juris quasi possessio.

La détention de la chose et l'intention de la posséder à titre de propriétaire sont également requises à l'acquisition d'une *juris quasi possessio* (§ 248) [9].

Le rapport corporel existe ici par le fait de l'exercice de la servitude ; l'intention consiste en ce qu'on exerce *comme un droit* le fait qui forme l'objet de la servitude [10].

1. Si l'acquisition d'une quasi-possession a lieu unilatéralement, c'est-à-dire si la servitude est exercée sans qu'aucune convention soit intervenue, il faut distinguer entre les servitudes *affirmatives* et les servitudes *négatives ;* dans le premier cas, celui qui prétend exercer la servitude, doit exécuter le fait positif qui en fait l'objet, au moins une fois et à titre de droit, *nec vi, nec clam, nec precario* [11] ; dans le second cas, au contraire, il faut que celui dont on restreint la propriété ait voulu faire des actes en opposition avec le droit de l'autre, que celui-ci se soit opposé, et que cette opposition ait fait cesser ces actes [12].

2. Mais si la servitude dont il est question a été concédée par convention, la possession en est acquise dans les servitudes négatives par la convention elle-même, et dans les servitudes affirmatives par la quasi-tradition. Celle-ci a lieu, lorsque le demandeur peut exiger la possession de la chose sur laquelle il exerce la servitude par la tradition de la chose elle-même [13], et lorsque le demandeur ne peut pas exiger la possession de la chose, par l'exercice de la servitude, au su du propriétaire [14].

---

[1] Fr. 9, § 5, D. XLI, 1. — § 44, J. II, 1. — fr. 9, § 9, D. XII, 1. — fr. 3, § 3, D. XLI, 2. — Savigny, § 19.

[2] Fr. 3, § 18-20, D. XLI, 2. — fr. 6, § 3, D. XLIII, 6. — Cpr. plus haut, le § 244.

[3] Paul. *Rec. sent.* V, 2, § 1. — fr. 2, D. XLI, 2. — Savigny, § 26.

[4] Fr. 1, § 19, D. XLI, 2. On ne peut acquérir de possession par celui qui n'est pas capable de volonté. — fr. 1, § 9, 10, D. ibid.

[5] Fr. 42, § 1 ; fr. I, § 5, 22 ; fr. 2 ; fr. 4 ; fr. 3, § 12, D. XLI, 2. — fr. 31, § 3, D. XLI, 3. — fr. 13, § 1, D. XLI, 1.

[6] Fr. 49, § 2, D. XLI, 2. — fr. 47, D. XLI, 3. — Const. 1, C. VII, 32.

[7] Fr. I, § 5, 6, 8 ; fr. 49, pr. D. XLI, 2. — fr. 2I, pr. D. XLI, 1.

[8] Paul, *loc. cit.* § 2. — § 5, J. II, 9. — fr. 2, D. XLI, 2. — fr. 20, § 2 ; fr. 53, D. XLI, 1. — fr. 41, D. XLI, 3. — Const. 1, C. IV, 27.

[9] Savigny, § 44-47.

[10] Fr. 25, D. VIII, 6. — fr. 7, D. XLIII, 19.

[11] Fr. 10, pr. D. VIII, 5. — fr. 20, D. VIII, 1.

[12] Fr. 6, § 1, D. VIII, 5. — fr. 1, § 2, D. VIII, 3.

[13] Par exemple, dans le cas d'usufruit. fr. 3, pr. D. VII, 1.

[14] Fr. 20, D. VIII, 1. — fr. 11, § 1, D. VI, 2. — fr. 6, § 1 ; fr. 16, D. VIII, 5. — fr. 1, § 2, D. VIII, 3.

§ 255. *De la continuation de la possession.*

Si les principes suivants n'existaient pas, il serait plus difficile de continuer la possession que de l'acquérir :

1. La continuation de la possession (*continua possessio*) ne vient à cesser que par un fait qui nous est propre. Nous ne perdons la possession ni de plein droit, ni par le non-exercice de notre pouvoir sur la chose, excepté dans le cas de la *juris quasi possessio* où le non-usage détruit le droit lui-même, parce qu'alors la possession n'a plus d'objet.

2. Il faut admettre la continuation de la détention, à l'égard de choses immeubles, même jusqu'à ce que le possesseur actuel ait eu connaissance de l'interruption (*solo animo retinere*) [1].

3. Une connaissance constante, qui ne serait autre chose qu'un renouvellement de l'intention, n'est point requise; il suit de là qu'une personne frappée d'aliénation mentale continue à posséder [2].

4. Par une conséquence ultérieure, la nature de la possession n'est point changée si, postérieurement à son acquisition, la bonne foi vient à être détruite [3].

5. Nous pouvons continuer la possession par un tiers aussi facilement, même avec plus de facilité, que nous conservons nos droits par lui [4].

On ne peut jamais, dans la théorie de la perte de la possession, perdre ces principes de vue.

§ 256. III. *De la perte de la possession.*

1. *Règle générale.*

La possession acquise continue tant que le fait et l'intention existent [5]; mais si ces deux éléments ou l'un d'eux seulement vient à manquer, la possession cesse également [6]. De même que l'acquisition de la possession exige un double fait déterminé (l'un corporel, l'autre intellectuel), de même il faut, pour la perte de la possession, un fait déterminé contraire (un *contrarium actum*); ceci est applicable à l'une et à l'autre condition de l'acquisition et de la durée de la possession, au fait aussi bien qu'à l'intention ; c'est-à-dire que cet acte contraire (*contrarium actum*) doit exister eu égard à l'un ou à l'autre des deux éléments constitutifs de la possession [7].

§ 257. 2. *Application de cette règle.*

a. *De la perte de la possession par le fait.*

L'appréhension matérielle de la chose, qui forme la première condition de la possession, ne consiste pas, lorsqu'il s'agit de la continuation de la possession, dans un pouvoir physique immédiat sur la chose, mais plutôt dans la possibilité d'en disposer, en tout temps, selon notre gré [8]. La conséquence en est que nous ne perdons pas la possession acquise par le seul éloignement de la chose [9], et que nous pouvons également exercer la détention par un tiers [10]. La possession ne cesse que du moment où, par un fait quelconque, la possibilité de disposer matériellement de la chose s'est évanouie (*si in contrarium actum est*), ainsi :

1° La possession des choses mobilières se perd : lorsqu'un autre s'en empare d'une manière violente ou clandestine [11]; lorsque nous perdons la chose [12]; lorsque les animaux domestiques s'égarent, lorsque les animaux sauvages se sont échappés et que les animaux apprivoisés perdent l'habitude de revenir chez nous [13].

2° La possession des immeubles se perd : lorsque, par un événement de la nature, le possesseur ne peut plus exercer son pouvoir sur la chose [14], ou que, par un acte de violence de la part d'un autre, il est expulsé du

---

[1] Const. 4, C. VII, 32.
[2] Fr. 29, D. XLI, 2.
[3] *V.* plus loin, § 291, 6e note de ce §. Nous pensons que jamais, chez les Romains, la bonne foi ait dû être continue.
[4] Savigny, § 33.
[5] Savigny. § 29, 30.
[6] Fr. 44, § 2 ; fr. 3, § 6, 13, D. XLI, 2.
[7] Tel est le sens du passage célèbre, rapporté deux fois dans les Pandectes : fr. 8, D. XLI, 2. et fr. 153, D. L, 17 : « Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem *in contrarium actis* liberamur ; cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque *in contrarium actum.* » Savigny, § 30.
[8] Savigny, § 31.
[9] Paul, *Sent. rec.* V, 2, 1. — fr. 3, § 7, 13; fr. 44, pr. D. XLI, 2. — fr. 1, § 25, D. XLIII, 16. Les Romains disent de cette possession : *solo animo retinere possessionem;* les modernes la nomment *possessio mentalis.*
[10] Fr. 18, pr. D. XLI, 2 : « Nam possidet cujus nomine possidetur. » — *V.* plus haut, le § 241.
[11] Fr. 15, D. XLI, 2.
[12] Fr. 25, pr. D. ibid.
[13] Fr. 3, § 13-16, D. ibid.
[14] Fr. 3, § 17; fr. 30, § 3, D. ibid.

fonds (*si dejicitur*). Mais la possession n'est pas perdue, par cela seul que, pendant notre absence, quelqu'un se met en possession du fonds, et sans que nous ayons eu connaissance de l'occupation; nous ne la perdons que si, voulant reprendre la possession, nous avons éprouvé de la résistance [1].

§ 258. b. *De la perte de la possession par l'intention.*

Il n'est pas nécessaire, quant au second élément de la possession, l'intention, que celle-ci subsiste à chaque instant pendant la durée de la possession, qui ne se perd que du moment où le possesseur a pris la résolution de ne plus posséder la chose (*si in contrarium actum est*, ou *amittitur possessio animo in contrarium acto*) [2]. Cette intention de ne plus posséder peut être expresse ou tacite, et, dans ce dernier cas, la renonciation à la possession s'appelle *derelictio* [3]. Celui qui en général n'a pas de volonté ne peut perdre la possession par l'intention [4].

§ 259. c. *De la perte de la possession par le fait et par l'intention.*

La possession se perd par le fait et par l'intention en même temps, lorsque le possesseur remet la chose à un autre pour que celui-ci la possède comme la sienne propre (*si vacuam tradit possessionem*) [5]. Une convention, par laquelle celui qui jusqu'ici possédait pour lui-même ne continue plus à posséder la chose, dont il a perdu la possession, qu'au nom d'un autre et comme représentant ce dernier, est un acte qui s'appelle, chez les modernes, *constitutum possessorium*; par exemple, lorsque dans la vente, on convient que le propriétaire vendeur en conservera la possession de la chose, comme locataire ou fermier [6].

§ 260. 3. *De la perte de la possession par des tiers.*

De même que nous pouvons acquérir la possession par des tiers, de même aussi ils peuvent la continuer et la perdre pour nous [7], d'après les dictinctions suivantes :

1. Nous pouvons perdre la possession au profit du tiers lui-même. Mais le simple changement de volonté du détenteur ne suffit pas pour qu'il acquière la possession ; il faut, en outre, que cette résolution ait été manifestée par un fait physique qui, en fait de meubles, s'opère par la soustraction frauduleuse de la chose (*furtum, contrectatio*) [8], et en fait d'immeubles, par l'expulsion du possesseur actuel [9].

2. Nous perdons la possession par le tiers qui détient pour nous, toutes les fois que nous l'aurions perdue si nous avions possédé par nous-mêmes. Ainsi, en fait de meubles, nous perdons la possession lorsque le détenteur perd la chose, ou qu'elle lui est enlevée [10], ou lorsqu'il en fait la tradition à un autre [11]; en fait d'immeubles, lorsqu'il en est dépossédé par force, et dans ce cas nous perdons nous-mêmes la possession au moment de l'expulsion [12]; mais lorsque, soit par négligence (*desidia*), soit par dol (*dolo*), le détenteur consent seulement qu'un autre s'empare de la chose, la possession n'est perdue pour nous que du moment où, pouvant faire valoir notre droit, nous sommes nous-mêmes repoussés, ou que nous n'avons pas essayé de le troubler dans sa jouissance [13].

3. Par contre, nous ne perdons pas la possession par un tiers qui détient pour nous, lorsqu'il en transfère la détention à un autre [14], lorsqu'il meurt ou tombe en démence [15], et lorsqu'il abandonne la chose sans qu'un autre s'en empare [16].

4. Par la même raison, nous ne perdons pas

[1] Fr. 25, § 2; fr. 46, D. ibid. — V. plus haut, le § 251, note 3.
[2] Fr. 3, § 6; fr. 17, § 1; fr. 30, § 4, D. XLI, 2. — Savigny, § 32.
[3] Fr. 37, § 1, D. XLI, 3.
[4] Fr. 27, 29, D. XLI, 2.
[5] Fr. 33; fr. 18, § 2, D. XLI, 2.
[6] Fr. 18, pr. D. ibid. — Par exemple, fr. 77, D. VI, 1. — Const. 28, C. VIII, 54. — Savigny, § 27.
[7] Savigny, § 33.
[8] Fr. 3, § 18, D. XLI, 2. — Cpr. fr. 1, § 2; fr. 67, pr. D. XLVII, 2. — Il y a exception, lorsque le tiers détenteur, qui veut ainsi s'approprier la possession, se trouve sous la puissance du possesseur. fr. 15, D. XLI, 2.
[9] A cause des fr. 25, § 2; fr. 46, D. ibid. — fr. 12; fr. 18, pr. D. XLIII, 16.
[10] Fr. 25, pr.; fr. 15; fr. 3, § 13-16, D. XLI, 2.
[11] Fr. 33, § 4, D. XLI, 3.
[12] Fr. 1, § 22, D. XLIII, 16.
[13] Const. 12, C. VII, 32. Cette constitution ne peut s'entendre que des *immeubles*, à cause du fr. 3, § 8, D. XLI, 2; du fr. 33, § 4, D. XLI, 3, et à cause des mots : *sive servus, sive procurator, vel colonus, vel inquilinus*, et où l'on doit appliquer le principe général établi dans les fr. 25, § 2; fr. 46, D. XLI, 2 : « *donec revertentes nos aliquis repellat.* »
[14] Fr. 30, § 6, D. XLI, 2.
[15] Fr. 25, § 1, D. ibid. — fr. 31, § 3, D. XLI, 3.
[16] Fr. 3, § 8; fr. 44, § 2, D. XLI, 2.

la possession, quoique nous soyons expulsés, pourvu que le tiers qui possède pour nous se maintienne dans la détention de la chose [1].

§ 261. *De la perte de la* juris quasi possessio.

Nous perdons la *juris quasi possessio* par suite de l'impossibilité dans laquelle nous nous trouvons de renouveler, à notre gré, l'exercice volontaire de la servitude, ou en renonçant à l'intention d'exercer le droit [2]. D'après cela, il est facile de faire une application aux différentes espèces de servitudes. Du reste, la théorie de la possession des servitudes et ses applications peuvent plus facilement être développées lorsque nous traiterons des servitudes (*V.* les §§ 325 et 328.)

TITRE II.

DES INTERDITS ET DE LA DÉNONCIATION DE NOUVEL OEUVRE.

§ 262. I. *Notion des interdits.*

Les *interdits* étaient, chez les Romains, des ordonnances du préteur par lesquelles, dans des cas particuliers et déterminés par l'Edit, il prescrivait lui-même ce qui devait être fait ou omis. La demande adressée au préteur pour qu'il rendît une pareille ordonnance, s'appelait également *interdictum* [3]. Il y avait entre les interdits et les actions proprement dites une notable différence : en effet, dans celles-ci, le préteur n'agissait et ne décidait pas directement sur la plainte qui lui était soumise, mais il commettait un juge ou juré pour examiner et instruire l'affaire (*judicem dabat*); s'il s'agissait d'interdits, au contraire, il rendait immédiatement, sur la plainte seule du demandeur et sans nommer un juge (*extra ordinem*), l'ordre ou la défense qu'il avait d'avance publié dans l'Edit pour de semblables cas [4]; c'est ce qui a fait dire dans ce cas : *prætor principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis proponit* [5]. Seulement, lorsque le défendeur niait ou opposait des exceptions, le préteur nommait aussi un juge et la contestation était soumise à la procédure ordinaire des actions [6]. Cette différence entre les actions et les interdits dut disparaître avec l'ancien *ordo judiciorum privatorum*, et le droit romain moderne traite les interdits absolument comme les actions [7]; mais ils donnent lieu à une procédure sommaire [8].

§ 263. II. *Divisions des interdits.*

Les interdits se divisent :

A. D'après leur étendue en général [9] :

1. En *prohibitoires* (*prohibitoria*); ce sont ceux par lesquels le préteur défend de faire quelque chose [10].

2. En *restitutoires* (*restitutoria*); ce sont ceux par lesquels le préteur ordonne de restituer une chose ou de la remettre dans son premier état [11].

3. En interdits *exhibitoires* (*exhibitoria*) ; ce sont ceux par lesquels le préteur ordonne d'ex-

[1] Fr. 1, § 45, D. XLIII, 16 : « si quis me vi dejecerit, meos non dejecerit, non posse me hoc interdicto (*unde vi*) experiri : *quia per eos retineo possessionem, qui dejecti non sunt.* »

[2] Fr. 12, § 2, 3. D. VII, 1.

[3] Gajus, IV, 138-170. — Inst. IV, 15. — Dig. XLIII. — Code Theod. IV, 22, 23. — Code Just. VIII, 1-9. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 32-38. — Savigny, *Traité de la possession*, sect. IV.

[4] C'est ce que prouvent ces expressions dont on se servait dans les Édits : *vim fieri veto, exhibeas, restituas.*

[5] Gajus, IV, 139. — Savigny, § 34. — Dupont, *Disquis. in Gaji comm. quart.* p. 155.

[6] Gajus, IV, 141.

[7] § 8. J. IV, 15. — Rubr. D. XLIII, 1. — Const. 3, 4, C. VIII, 1.

[8] Cependant les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur ce point : ceux qui cherchent à justifier la nature sommaire de la procédure, invoquent principalement la const. 22, Cod. Theod. II, 36 : « interdictum beneficio celeritatis inventum. » — *V.* aussi Savigny, p. 335, et la note 2 de la trad.

[9] Gajus, IV, 142. — § 1, J. IV, 15.

[10] Exemples : l'interdit *de mortuo inferendo*, fr. 1, pr. D. XI, 8. — *De sepulcro ædificando*, fr. 2, § 1, D. XLIII, 1. — *De arboribus cædendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 27. — *De glande legenda*, fr. un. D. XLIII, 28. — *De migrando*, fr. 1, D. XLIII, 32.

[11] Exemples : l'interdit *quod vi aut clam*, D. XLIII, 24; cet interdit a lieu lorsqu'une personne a, *par force* ou *clandestinement*, construit ou abattu sur son fonds ou sur celui d'autrui, quelque chose qui cause un préjudice à une autre personne et la lèse dans ses droits. Il sert à remettre la chose dans son premier état et à adjuger des dommages-intérêts. fr. 1, pr. § 1, D. XLIII, 24.

hiber ou de représenter une chose que l'on a dans sa possession [1].

B. Sous le rapport de la possession d'une chose, les interdits se divisent [2] :

1. En interdits qui supposent de la part du demandeur une possession réellement acquise qu'ils sont destinés à conserver, lorsqu'elle a été troublée, mais qu'elle n'a pas encore cessé (*interd. retinendæ possessionis*) ; ou qui tendent à récupérer une possession perdue (*interd. recuperandæ possessionis*).

2. En interdits qui ne supposent de la part du demandeur aucune possession acquise, mais qui ont pour but de lui en faire acquérir une qu'il n'avait pas encore (*interd. adipiscendæ possessionis*) [3].

L'expression *possessio ad interdicta* (§ 242, 243) se rapporte à ces deux espèces d'interdits seules, et seules aussi elles sont à considérer comme conséquences légales de la possession ; cette raison les a fait nommer de préférence *interdits possessoires*. Dans ce titre, où il s'agit de la garantie de la possession *acquise*, les interdits *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* ont seuls leur place, tandis que les interdits *adipiscendæ possessionis* doivent toujours être mentionnés aux matières auxquelles ils ont rapport [4].

§ 264. III. *Des interdits possessoires en particulier.*

A. *De l'interdit* retinendæ possessionis [5].

1. *Conditions.*

Les conditions requises pour pouvoir invoquer ces interdits sont :

1. Que l'on ait acquis la possession juridique, sans considérer si celui qui possède a réellement le droit de posséder, ou si la possession a été légalement acquise [6].

2. Que la possession ait été troublée violemment [7]. On entend ici par violence, tout acte fait contre la volonté du possesseur [8].

3. Que ces actes de violence n'aient pas fait cesser la possession ; car, dans ce cas, il y a lieu à appliquer les interdits *recuperandæ possessionis*.

§ 265. 2. *Des espèces de l'interdit* retinendæ possessionis.

Sous les conditions que nous venons de déterminer, le préteur accorde, s'il s'agit de maintenir quelqu'un dans la possession d'un immeuble, l'interdit *uti possidetis*, et s'il s'agit d'un meuble, l'interdit *utrubi* [9]. Celui qui invoque les interdits pour se maintenir dans l'exercice d'une servitude personnelle, peut également s'appuyer sur ces deux espèces de l'interdit *retinendæ possessionis* [10]. Il n'en est pas de même des servitudes réelles : celles-ci ont, en effet, des interdits particuliers ; par exemple : *l'interd. de itinere actuque privato, de aqua quotidiana et æstiva, de rivis, de fonte et cloacis* [11].

Le demandeur, dans ces espèces d'interdits, est celui qui, à l'époque de la plainte, est possesseur juridique ; le défendeur est celui qui a apporté le trouble. Il n'en est pas de même des héritiers de l'un et de l'autre, considérés en leur qualité d'héritiers.

Ces interdits ont pour but de défendre le trouble de la possession et de demander des dommages-intérêts [12] ; ils constituent l'un et

---

[1] Exemple : l'interdit *de liberis exhibendis*, fr. 1, pr. D. XLIII, 30. — *De homine libero exhibendo*, fr. 1, pr. D. XLIII, 29. — *De tabulis exhibendis*, fr. 1, pr. D. LXIII, 5. — Outre ces interdits cités comme exemples, le droit romain en mentionne encore beaucoup d'autres. *V*. Dig. XLIII, 6-13.

[2] § 2, J. IV, 15. — fr. 2, § 3, D. XLIII, 1. — Gajus, IV, 143 et suiv.

[3] § 3, J. IV, 15. — Gajus, IV, § 144-147. — Savigny, § 35.

[4] *V*. les §§ 360 et autres.

[5] Savigny. § 37.

[6] Fr. 2, D. XLIII, 17 : « Justa enim an injusta *adversus cæteros* possessio sit, in hoc interdicto (*uti possidetis*) nihil refert : qualiscunque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. » Il faut bien remarquer les mots *adversus cæteros* : car, si la possession de celui qui possède est injuste vis-à-vis de celui qui l'a troublé dans sa possession, par exemple, s'il l'a acquise de lui, *vi, clam, precario*, il ne peut invoquer ces interdits contre lui. Cpr. § 4 in fine, J. IV, 15. — Gajus, IV, § 148, 150. — fr. 1, § 9; fr. 3; § 10, D. XLIII, 17. — fr. 53, D. XLI, 2.

[7] Fr. 1, pr. D. XLIII, 17. — fr. 1, pr. D. XLIII, 31.

[8] Fr. 1, § 5-7, D. XLIII, 24. — fr. 20, pr. § 1, D. ibid. — fr. 73, § 2, D. L, 17. Le fr. 3, § 2-4, D. XLIII, 17 en offre des exemples. — fr. 11, D. XLIII, 16.

[9] § 4, J. IV, 15. — Dig. XLIII, 17, 31. — Code, VIII, 6. — Savigny, § 38-39.

[10] Fr. 4, D. XLIII, 17.

[11] Savigny, § 46. — Thibaut est d'une autre opinion ; il pense que les interdits ordinaires peuvent être invoqués pour se maintenir dans les servitudes prédiales.

[12] Fr. 3, § 11, D. XLIII, 17. Mais celui qui veut intenter une demande en dommages-intérêts pour le trouble apporté à sa possession, doit former l'interdit dans l'année du trouble ; après ce délai, l'interdit n'est plus accordé contre le défendeur, que pour autant que celui-ci s'est enrichi. fr. 1, pr. D. XLIII, 17, cpr. avec le fr. 4, D. XLIII, 1.

l'autre des *judicia duplicia*, c'est-à-dire que le demandeur peut aussi être condamné comme défendeur, lorsqu'il est prouvé que c'est celui-ci qui a droit à la protection des interdits [1].

§ 266. B. *Des interdits* recuperandæ possessionis.

1. *De l'interdit* unde vi [2].

Celui qui, par suile de violence, a perdu la possession d'un immeuble, peut demander à y être réintégré, en réclamant l'interdit *unde vi* [3]. Pour pouvoir invoquer cet interdit, il faut que le demandeur ait la possession juridique au moment de la violence [4], et qu'il ait perdu la possession par cette violence injustement dirigée contre sa personne [5]. On peut également réclamer cet interdit pour rentrer dans l'exercice d'une servitude personnelle que l'on a sur un immeuble [6], lorsqu'il a été soustrait avec violence ; mais il ne s'applique pas aux servitudes réelles [7].

L'interdit *undi vi* peut être intenté par celui qui possédait pour soi, sans distinguer s'il possédait justement ou injustement ; il peut aussi être intenté par l'héritier du possesseur [8] ; il est dirigé contre celui qui est l'auteur immédiat ou médiat de l'expulsion [9], et contre son héritier, jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve enrichi [10], mais le tiers possesseur de la chose n'y est pas soumis [11].

Le but de l'interdit est de faire réintégrer l'expulsé dans la position où il se trouvait avant la *dejectio* et de lui faire adjuger des dommages-intérêts [12]. Il s'éteint par le laps d'une année depuis l'expulsion ; après ce délai, il ne peut plus être intenté contre le possesseur que pour autant qu'il se trouve enrichi [13].

§ 267. 2. *De l'interdit* de clandestina possessione.

3. *De l'interdit* de precario.

L'interdit *de clandestina possessione* et l'interdit *de precario* reposent sur les mêmes principes que le précédent. Le premier, dont l'existence est douteuse, a lieu lorsque la possession d'un immeuble a été perdue clandestinement [14] ; le droit nouveau n'en fait plus aucune mention [15] ; le second, lorsqu'on a accordé à une personne la jouissance de sa chose ou l'exercice d'une servitude à titre précaire (*precario*), et que celle-ci a refusé de restituer la chose au propriétaire qui l'a redemandée, ou d'interrompre l'exercice de la servitude [16].

§ 268. IV. *De la défense de la possession.*

A. Généralités.

Le droit que l'on s'arroge de se défendre et de se faire justice soi-même, est en général non-seulement défendu, mais même punissable [17]. Mais la loi ne le défend pas, lorsqu'on cherche à défendre sa personne ou ses biens dans la possession desquels on se trouve, contre les attaques injustes et violentes d'autrui [18], pourvu que la force qui repousse l'agresseur

---

[1] § 7 in fine, J. IV, 15. — fr. 37, § 1, D. XLIV, 7.

[2] Cicéron, *pro Cæcina*, et sur ce discours, Henr. C. Gras, *Diss. quæ specimen jurispr. Ciceron. exhib. S. Ciceronem justam pro Cæcina causam dixisse ostenditur*. Lugd.-Bat. 1769. — Gajus, IV, 154. — § 6, J. IV, 15. — Dig. XLIII, 16 — Code, VIII, 4, 5. — Savigny, § 40.

[3] Fr. 1, § 3-6, D. XLIII, 16. Le droit nouveau paraît cependant avoir étendu cet interdit à l'enlèvement violent de la possession d'un meuble. Const. 3, C. Th. IV, 22. — Const. 7, C. VII, 4. — § 1, J. IV, 2. — § 6, J. IV, 15. — Savigny, p. 384 de la trad.

[4] Fr. 1, § 9, 23, ibid. Il importe peu, dans ce cas, que celui qui a été expulsé (*dejectus*) ait acquis la possession *vi, clam*, ou *precario* de celui qui l'a expulsé par violence, § 6, J. IV, 15 : « licet is ab eo, qui dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. »

[5] Fr. 1, § 3, 21, 29 ; fr. 3, § 6, 7, D. XLIII, 16. — fr. 9, pr. D. IV, 2.

[6] Fr. 3, § 13-16, D. XLIII, 16. — fr. 9, § 1, ibid. — fr. 60, pr. D. VII, 1. — fr. 27, D. XXXIX, 3.

[7] Fr. 4, § 27, D. XLI, 3. — Savigny, § 46.

[8] Fr. 1, § 30, 44, D. XLIII, 16.

[9] Fr. 1, § 12, 15 ; fr. 3, § 10-12, D. ibid.

[10] Fr. 1, § 48 ; fr. 3, pr. ; fr. 9, pr. D. ibid. La loi n'accorde qu'une *actio in factum* contre les personnes auxquelles on doit du respect. fr. 1, § 43, ibid.

[11] Fr. 3, § 10, D. XLIII, 17. Le droit canon l'accorde aussi contre le tiers possesseur de mauvaise foi. Cap. 18, X. 2, 13.

[12] Fr. 1, § 31, D. XLIII, 16. — Cpr. fr. 1, § 41, 42 ; fr. 6, ibid.

[13] Fr. 1, pr. ibid.

[14] Fr. 7, § 5, D. X, 3. — Savigny, § 41.

[15] Voyez-en le motif, p. 128, note 1 et p. 130, note 14.

[16] Dig. XLIII, 26. Surtout fr. 2-4 ; fr. 15, § 2, ibid. — Const. 2, C. VIII, 9. — Paul, *Sent. rec.* V, 6, § 10, 11. — Savigny, § 42.

[17] Fr. 176, pr. D. L, 17. — § 1, J. IV, 2. — § 6, J. IV, 15. — fr. 12, § 2 ; fr. 13, D. IV, 2. — Const. 7, 10, C. VIII, 4. — Const. 34, C. IV, 65. — Const. 9, C. IV, 10. — Nov. 60, chap. 1. — Quant aux peines que la loi prononce dans ce cas, v. les peines des voies de fait, aux délits privés.

[18] Fr. 45, § 4, D. IX, 2 : « Vim vi defendere omnes leges, omniaque jura permittunt. » — Cpr. fr. 4, ibid. — fr. 3, D. I, 1. — fr. 1, § 27 ; fr. 3, § 9, D. XLIII, 16.

soit modérée (*moderamen inculpatæ tutelæ*) [1].

§ 269. *B. De la dénonciation de nouvel œuvre.*

1. *Notion.*

Parmi les manières dont la loi permet de défendre sa propriété, il en est une qui est très-remarquable : c'est la *dénonciation de nouvel œuvre* (*nunciatio novi operis*) [2]. En effet, lorsque quelqu'un commence à bâtir ou à démolir à tort ou à raison (*opus novum facere*) [3], celui qui se croit lésé par ces travaux, a plus d'un moyen pour les empêcher extrajudiciairement et avant leur achèvement [4]. Il peut les empêcher par des faits (aujourd'hui *nunciatio realis*) [5] qui sonvent sont non-seulement permis, mais même nécessaires à celui qui, pour ne pas perdre sa possession, doit la défendre. Il peut encore empêcher les travaux sans se livrer à des faits, lorsqu'à l'endroit même où les constructions s'exécutent [6], il proteste envers les ouvriers ou envers celui qui remplace le propriétaire [7], contre la continuation des travaux, et qu'il les défend. Cette espèce de dénonciation, qui est la seule que les Romains aient appelée *novi operis nunciatio*, peut être exercée non-seulement par le propriétaire, mais aussi par tous ceux qui, par suite d'un droit réel, ont intérêt que le nouvel œuvre ne soit pas exécuté [8].

§ 270. 2. *De l'effet de la dénonciation de nouvel œuvre.*

La dénonciation de nouvel œuvre a pour effet de forcer celui auquel elle a été faite, de suspendre la continuation des ouvrages, jusqu'à ce que la justice ait décidé de l'affaire. Si malgré cette défense, il continue ses travaux, le dénonçant a le droit d'exiger, au moyen de l'interdit *de opere novo demoliendo vel restituendo*, la démolition ou la restitution de l'ouvrage [9]. Si cette mise en demeure occasionnait quelque danger au dénoncé, la loi lui permet, même avant la décision de la contestation, de continuer ou d'achever l'ouvrage, en donnant caution *de eventualiter demoliendo aut restituendo* [10]; dans le cas où le dénonçant se refuse à accepter la caution, le dénoncé a l'interdit prohibitoire (*interdictum prohibitorium*) pour se protéger dans la continuation de ses travaux [11].

§ 271. 3. *Comment cet effet cesse.*

L'effet de la dénonciation cesse :

1. Par la constitution de la caution [12].
2. Par la mort du dénonçant.
3. Par l'aliénation de la chose [13].
4. Par l'autorisation accordée par le dénonçant ou par le juge, de continuer les travaux (*remissione*) [14].

---

[1] Fr. 5, pr. D. IX, 2. — Const. 1, C. VIII, 4.

[2] Dig. XXXIX, 1. — XLIII, 24. — Code, VIII, 11. — Ferd. Kæmmerer, *De operis novi nunciatione*. Heidelb. 1807. — C. F. Reinhardt, *Explic. du titre des Pandectes : De operis novi nunciatione*. Stuttgardt, 1820. — A. M. Engelharde, *De operis novi nunciatione*. Lips. 1821. — G. Hasse, *Diss. de novi operis nunciatione*. Bonnæ, 1829, et avec plus de détails, dans le *Musée rhénan pour la jurispr.* 3e année, p. 579. — L. H. Wiederhold, *De l'interdit* uti possidetis *et de la dénonciation de nouvel œuvre*. Hanau, 1831.

[3] Fr. 1, pr. § 7, D. XXXIX, 1.

[4] Car, *après* l'achèvement des travaux, il n'a que l'interdit *quod vi aut clam*. fr. 1, § 1, D. ibid.

[5] Par exemple, lorsqu'on chasse les ouvriers, lorsqu'on détruit l'ouvrage commencé ou qu'on jette une pierre contre l'ouvrage, un symbole (*jactus lapilli*). fr. 5, § 10, D. ibid. — fr. 6, § 1, D. VIII, 5. — Paul du Roi, *De jactu lapilli*. Helmst. 1782.

[6] Fr. 5. § 2, 4, D. XXXIX, 1.

[7] Fr. 5, 3, ibid.

[8] Fr. 1, § 3, D. XLIII, 25 : « Jus habet novum opus nunciandi, qui aut dominium aut servitutem habet. » — fr. 1, § 5; fr. 3, § 3; fr. 8, pr.; fr. 9, D. XXXIX, 1. — fr. 15, D. VIII, 2. — fr. 6, § ult. D. VIII, 5. — fr. 14, D. XXXIX, 1.

[9] Fr. 1, § 7, fr. 20, pr. § 1, 2; fr. 21, § 1, D. XXXIX, 1.

[10] Fr. 5, § 17; fr. 8, § 2, 4; fr. 20; fr. 21, ibid.

[11] Fr. 20, § 9, 10, ibid. — Cpr. Dirksen, *Obs. ad selecta legis Galliæ cisalpinæ capita*, p. 44.

[12] Fr. 5, § 17; fr. 8, § 2, 4; fr. 20; fr. 21, D. XXXIX, 1.

[13] Fr. 8, § 6, D. XXXIX, 1. — Mais il ne cesse pas par la mort du dénoncé. fr. 8, § 7, ibid.

[14] Fr. 5, § 19, ibid. — fr. un. D. XLIII, 25.

CHAPITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ [1].

TITRE Ier.

DE L'IDÉE ET DE LA NATURE DE LA PROPRIÉTÉ.

§ 272. I. *Notion de la propriété.*

La *propriété*, dans le sens étendu du mot, est tout ce qui fait partie de notre fortune, tout ce qui nous appartient, soit corporel, soit incorporel [2]. De cette notion générale de propriété, appliquée aux choses corporelles, natt l'idée de propriété dans un sens restreint (*dominium*) [3]. Le *dominium* consiste donc, d'après sa nature et son essence, dans la propriété d'une chose corporelle, c'est-à-dire, en ce que la chose elle-même nous appartient, en ce qu'elle est nôtre [4]. La propriété est, d'après sa nature, un droit illimité et exclusif. Elle comprend donc le droit de disposer de la substance de la chose, de toute manière non prohibée par la loi, de la posséder, et de s'en servir à l'exclusion de tout autre (§ 299).

§ 273. II. *De la propriété libre et de la propriété restreinte.*

La propriété est, de sa nature, un droit illimité et exclusif; mais sous l'un et sous l'autre rapport, elle peut être restreinte, sans que pour cela le propriétaire cesse d'être propriétaire [5]. Lorsque tous les droits partiels dont la réunion forme la pleine propriété se trouvent réunis dans la personne du propriétaire lui-même, et qu'aucun droit d'autrui sur la chose n'est opposé au libre exercice de la propriété, elle s'appelle *pleine et libre propriété*, *proprietas plena* (aujourd'hui *dominium plenum*). Mais si le droit d'user et de jouir de la chose est détaché de la propriété et transféré à autrui, comme droit réel, le droit qui reste au propriétaire s'appelle *nue-propriété*, *nuda proprietas* (aujourd'hui *dominium minus plenum* [6]. Outre

---

[1] SOURCES générales, surtout pour le droit ancien : Gajus, II, § 1-97. — Ulpien, XIX. — Pour le droit nouveau : Inst. II, 1. — Dig. XLI. — Code, VII, 25.

BIBLIOGRAPHIE :

1° Sur l'ancien droit : Hugo, *Rechtsgechichte*, p. 191-231; p. 509-537; p. 922-925. — *Heidelberger Jahrb. für Jurisprudens*, ou *Annales de Heidelberg pour la jurisprudence*, 2e année, 1809, p. 328. — Gaas, *Scholien zu Gajus*, ou *Scholies sur Gajus*, 3e scholie. — J. G. Dernburg, *Beitraege zur Gesch. der Rœm. Testamente*, p. 153-159, 316. — Fr. Bailhorn, dit Rosea, *Ueber dominium*. Lemgo, 1822. — M. Manhayn, *Ueber den Ursprung und die Bedeutung der res mancipi et nec mancipi*. Francfort, 1823. — Unterholzner, *Ueber die verschiedenen Arten des Eigenthums*, ou *Des diverses espèces de la propriété*, dans le *Rhein. Museum für Jurispr.* t. I, p. 129. — Zimmern, *Ueber das bonitarische Eigenthum*, ou *De la propriété bonitaire*, dans le même recueil, t. III, p. 311. — K. Th. Putter, *Die Lehre vom Eigenthum*, ou *Traité de la propriété*. Berlin, 1831, p. 76-126. — M. S. Mayer, *Ueber das* duplex dominium des *Rœm. Rechts*, ou *Du* duplex dominium *en droit romain*, dans la *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft*, t. VIII, p. 1.

2° Sur le droit nouveau : Doneau, *Comm. jur. civ.* liv. IX, ch. 8-12. — C. Chr. Westphal, *System des Rœm. Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjæhrung*, ou *Système du droit romain sur les espèces de choses, la possession, la propriété et la prescription*. Francfort et Leipsig, 1790. — J. Th. Relabard, *Versuch einer system. Einleitung in die Lehre vom Eigenthumsrechte*, ou *Essai d'une introduction systématique au droit de propriété*. Francf. et Leipzig, 1800. — F. C. Gesterding, *Ausführliche Darstellung der Lehre vom Eigenthum*, ou *Exposition approfondie du droit de propriété*. Greifswald, 1817.

[2] Fr. 49, D. L, 16. Dans ce sens étendu, il est quelquefois question, en droit romain, d'un *dominium ususfructus, servitutis et hereditatis*. fr. 3, D. VII, 6. — fr. 8, pr. D. XLII, 5. — § 7, J. II, 19. — fr. 48, pr. D. XXVIII, 5, de même que d'une *vindicatio servitutis, pignoris, successionis*; fr. 9, D. XXXIX, 1. — fr. 16, § 3, D. XX, 1. — Const. 4, C. VI, 9. — Cpr. fr. 25, pr. D. XLIV, 7. Il faut encore mentionner les expressions impropres : *dominus litis*, fr. 31, pr. D. III, 3; *dominus negotiorum*, § 1, J. III, 27 (28).

[3] De là : *corporis dominus*, par opposition à celui qui n'a qu'un *jus in re*. fr. 13, § 1, D. XXXIX, 2.

[4] Fr. 13, pr. D. XLI, 1. — fr. 1, § 1, D. XXIX, 5.

[5] Fr. 25, pr. D. L, 16.

[6] Fr. 4, D. XXIII, 3. — fr. 126, § 1, D. XLV, 1. — fr. 2, pr.; fr. 17, D. VII, 4. — § 4, J. II, 4. Celui qui retient la propriété s'appelle *dominus proprietatis* par opposition à l'*usufructuarius*. fr. 15, § 6; fr. 72, D. VII, 1. — fr. 9. pr. § 4, D. VII, 9. — fr. 66, D. XXIII, 3. — fr. 57, D. XXIV, 3. — fr. 33, D. VI, 1.

ce droit d'user et de jouir, le droit de propriété peut encore être restreint de plus d'une façon par des droits réels qui appartiennent à d'autres qu'au propriétaire de la chose. Dans ces cas, la propriété est *non libre* ou *grevée*.

§ 274. III. *De la propriété révocable.*

En second lieu, la propriété est, de sa nature, un droit *irrévocable*; en effet, celui qui l'a une fois acquise ne peut plus en être dépouillé, à moins que, par un motif particulier, le propriétaire antérieur n'ait le droit d'en interrompre la durée, même contre la volonté du propriétaire actuel, et de la revendiquer. Dans ce cas, la propriété est *révocable*, et elle l'est de deux manières différentes :

1. Elle est révocable dès son principe, lorsque la cause de la révocation gît dans la manière dont la propriété a été acquise (aujourd'hui : *dom. revocabile ex tunc*). Dans ce cas, la révocation a un effet rétroactif au temps de l'acquisition; la loi donne à celui qui reprend ainsi la propriété de sa chose, une action *in rem* contre tout possesseur [1], et quant aux droits concédés à des tiers par le propriétaire actuel, pendant la durée de sa propriété, il y a lieu à appliquer la règle : *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* [2].

2. La propriété est irrévocable dans son principe, si la cause de révocation survenue dans la suite a eu lieu par des circonstances nouvelles (aujourd'hui *dom. revocabile ex nunc*) [3]; dans ce cas, il n'y a d'effet rétroactif que jusqu'au moment de la révocation, et la règle que nous venons de citer ne trouve plus son application. Dans ce cas aussi, celui qui opère la révocation n'a qu'une action personnelle contre le propriétaire actuel, il n'en a aucune contre les tiers. On voit donc qu'en réalité, il n'y a de propriété révocable que dans les cas de la première espèce.

§ 275. IV. *De la copropriété.*

La propriété est, d'après sa notion, un droit essentiellement exclusif, c'est-à-dire que ce qui appartient à l'un ne peut en même temps appartenir à un autre. La propriété d'une seule et même chose ne peut donc jamais appartenir qu'à une seule personne et plusieurs personnes ne peuvent être chacune propriétaire de la chose *entière* [4]. Mais on conçoit facilement qu'une chose soit dans la propriété commune de plusieurs personnes, de manière que chacune en ait une part idéale [5]. Dans ce cas, aucune n'est propriétaire de toute la chose, mais seulement de la portion idéale dont elle dispose à elle seule. Les modernes appellent cette espèce de propriété, *copropriété, condominium*.

TITRE II.

DE L'ACQUISITION DE LA PROPRIÉTÉ [6].

§ 276. I. *Conditions générales de l'acquisition.*

L'acquisition de la propriété exige le concours des conditions suivantes :

1. Une personne *capable d'acquérir*. La loi frappe en général d'incapacité tous ceux qui ne peuvent avoir de volonté; par exemple, les furieux et les fous, excepté dans les cas où la volonté de l'acquéreur n'est d'aucune influence [7], et ceux qui, en général, ne peuvent avoir de propriété. Celui qui ne peut rien acquérir pour soi, mais qui acquiert tout pour d'autres, peut aussi pour ceux-ci acquérir la propriété [8].

2. Une *chose* qui puisse faire l'objet de la

[1] Fr. 41, pr. D. VI, 1. — fr. 4, § 3, 4, D. XVIII, 2. — fr. 2, § 4, 5, D. XLI, 4. — Const. 1, 4, C. IV, 54.

[2] Par exemple : fr. 3, D. XX. 6. — fr. 31, D. XX, 1. — fr. 4, § 3, D. XVIII, 2. — fr. 105. D. XXXV, 1. — fr. 11, § 1, D. VIII, 6.

[3] Par exemple : const. 8, 10, C. VIII, 56.

[4] Fr. 5, § 15, D. XIII, 6 : — « duorum *in solidum* dominium vel possessio esse non potest. » fr. 3, § 5, D. XLI, 2.

[5] Le droit romain indique ce rapport par ces mots : *plures rem pro indiviso possident*; ou par ceux-ci : *res, quam cum alio communem habet*, en opposition avec : *res quam solus habet*. fr. 4, § 7, D. X, 1. — fr. 8, D. VI, 1. — fr. 5, D. XLV, 3. — fr. 25, § 1, D. L, 16.

[6] Inst. II, 1. — Dig. XLI, 1. — Doneau, *Comm. jur. civ.* IV, 7-37; V, 1-31. — Gust. Frid. Hæoel, *Diss. de acquirendo rerum dominio*. Lips. 1817. — De Bosch, *Histor. expositio de dominio ejusque acquirendi modis*. Groningæ, 1832.

[7] Par exemple : § 3, J. III, 1. — fr. 63, D. XXIX, 2.

[8] Inst. II, 9. — *V.* le § 191.

propriété et notamment de celui qui doit l'acquérir [1].

3. Un *mode d'acquérir* légal (*acquisitio, species s. genus acquisitionis, causa acquirendi*, aujourd'hui *modus acquirendi*) [2]. La division des acquisitions en *acquisitiones juris gentium* (appelées *naturales*) et en *acquisitiones juris civilis*, n'est pas tout à fait surannée [3]. L'acquisition par universalité (*per universitatem*) n'a pas uniquement trait à la propriété [4]. Quelques acquisitions de choses individuelles (*rerum singularum*) trouveront mieux leur place ailleurs. Ainsi, par exemple, nous ne nous occuperons pas encore de l'acquisition de la propriété par *legs*, par *constitution de dot* et de beaucoup d'autres, où l'on acquiert immédiatement la propriété par une disposition de la loi (*ipso jure, lege*), comme dans le cas du second mariage, et par la séparation de corps pour cause de dettes.

§277. II. *Des manières d'acquérir particulières.*

A. *De l'occupation.*

L'occupation est cette manière d'acquérir la propriété qui repose sur le principe suivant : *res nullius cedit occupanti*, c'est-à-dire, celui qui s'empare d'une chose sans maître, dans le but de se l'approprier, en acquiert par là même la propriété [5].

Le droit romain admet trois espèces d'occupations :

1. L'occupation des choses vivantes et qui n'ont pas de maître, au nombre desquelles il range tous les animaux sauvages qui vivent sur la terre, dans l'eau et dans l'air, en supposant toutefois qu'ils jouissent de leur liberté naturelle et n'aient pas encore été pris, ou qu'ayant déjà eu un maître, ils aient recouvré leur liberté. Cette espèce d'occupation comprend donc la chasse, la pêche et l'oisellerie [6].

2. L'occupation de choses inanimées qui n'ont pas de maître, ou les choses trouvées [7] ; cependant le trésor trouvé par hasard est considéré, pour la moitié, comme accession du fonds dans lequel il est trouvé [8]; les choses perdues ou égarées sans être réellement abandonnées, ou les choses jetées, en cas de danger, pour alléger le navire, ne sont pas regardées comme *res nullius* [9].

3. Le butin fait dans la guerre ; le droit romain considère les choses de l'ennemi comme étant sans maître et en permet l'occupation [10] ; mais souvent il s'opère un retour de propriété (*postliminium*) [11], qui cependant ne s'applique qu'aux immeubles repris et aux esclaves [12].

§ 278. B. *De la spécification.*

On acquiert la propriété par la *spécification*, en transformant la chose d'autrui, surtout en faisant de la matière d'autrui une nouvelle espèce, dont on devient propriétaire [13]. Si celui qui produit la nouvelle espèce, l'a faite en partie de sa propre matière, en partie de celle d'autrui, il en acquiert toujours la propriété ; mais si la nouvelle espèce a été entièrement formée de la matière d'autrui, il faut distinguer le cas où l'on peut ramener la matière à son état primitif, de celui où ce retour est impossible [14].

---

[1] § 7, J. II, 1. — fr. 6, § 2, D. I, 8. — § 4, J. II, 20. — fr. 49, § 2, D. XXXI. — Const. 1, 2, C. I, 10.

[2] La théorie généralement admise que toute acquisition de propriété requiert un *titre* (*titulus*) et un *mode d'acquérir* (*modus acquirendi*) différent du titre, est fausse.

[3] § 6, J. II, 9. — fr. 1, pr. D. XLI, 1. — Ulpien, XIX. — Gajus, II, § 18 et suiv.

[4] L'ancien droit rangeait ici surtout l'acquisition *per arrogationem per conventionem uxoris in manum mariti, per emtionem bonorum debitoris oberati, per hereditatem et bonorum possessionem*, et quelques autres. *V*. en général : Gajus, II, § 98 ; III, § 77 et suiv. — Inst. III, 10-12 (11-13). Le droit nouveau n'a conservé que l'acquisition par *succession*, § 6, J. II, 9, dont on parlera au livre IV.

[5] Fr. 3, D. XLI, 1 : « Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. » — Gajus, II, 66-69. — § 12-18, J. II, 1. — W. Brouwer, *De jure occupandi*. Lugd.-Bat. 1822. — D. Heisselink, *De dominio ejusque acquirendi modis per occupationem et accessionem*. Grœn. 1821.

[6] § 12, 16. J. II, 1 : « Nec interest, feras bestias et volucres utrum in suo fundo quisque capiat, an in alieno. » fr. 1, § 1 ; fr. 2-6, D. XLI, 1. — fr. 1, D. XLI, 2.

[7] § 18. 47, J. ibid. — fr. 1, § 1, D. XLI, 2.

[8] § 39, J. II, 1. — fr. 3, § 10, D. XLIX, 14. L'antinomie apparente qui existe entre ces deux passages, disparaît par le § 7, II de Gajus. — La const. 1, C. X, 15, renferme la disposition la plus nouvelle sur le trésor trouvé.

[9] § 48, J. II, 1. — Dig. LXI, 7.

[10] § 17, J. II, 1. — fr. 5, § 7 ; fr. 51, § 1, D. XLI, 1.

[11] Dig. XLIX, 15. — Code, VIII, 51.

[12] Fr. 20, § 1 ; fr. 28, D. XLIX, 15.

[13] Le droit romain ne se sert jamais du mot *specificatio*, mais toujours de l'expression *speciem facere*. — Koch, *Diss. de jure ejus, qui speciem ex aliena materia fecit*. Marb. 1829.

[14] § 25, J. II, 1, comparé avec fr. 7, § 7 ; fr. 12, § 1 ; fr. 24 ; fr. 26, pr. D. XLI, 1. — Gajus, II, 79. — Théophyle, sur le § 25, J. cité.

Dans le premier cas, le propriétaire de la matière acquiert aussi la propriété de la nouvelle espèce, mais il doit indemniser de son travail le spécificateur de bonne foi [1]. Dans le second cas, le spécificateur acquiert la propriété de la nouvelle espèce; mais il faut qu'il ait eu l'intention de la former pour lui [2], et sans distinguer ici, quant à l'acquisition de la propriété, s'il a agi de bonne ou de mauvaise foi [3]. Pour ce qui est de l'indemnité due au propriétaire de la matière, le spécificateur qui a agi de bonne foi n'est tenu de la donner qu'autant qu'il est devenu plus riche [4]; mais s'il a été de mauvaise foi, il est tenu, par l'action de vol, de réparer tout le dommage causé [5].

§ 279. C. *De l'accession.*

L'accession est une manière d'acquérir par laquelle, d'après la règle que la chose accessoire suit la chose principale (*res accessoria sequitur rem principalem* ou *cedit rei principali*), le propriétaire de la chose qui est regardée comme principale, devient de droit propriétaire de l'accessoire qui se joint au principal [6]. Cette manière d'acquérir comprend un très-grand nombre de cas que l'on peut ranger sous deux classes distinctes : la première comprend les choses qui seraient autrement *res nullius*; la seconde, les choses qui déjà ont été dans la propriété d'une autre personne; les unes et les autres passent, en se joignant à la chose principale, dans la propriété de celui à qui cette dernière appartient [7].

§ 280. 1. *Des cas de la première espèce.*

Les cas de la première espèce reposent sur le principe suivant : le propriétaire d'une chose acquiert de droit la propriété de toutes les productions organiques de cette chose, et de tout ce qui, sans son fait, s'y attache à l'extérieur, de manière à en faire partie. Sous ce principe, il faut ranger les cas suivants :

1. Le propriétaire acquiert la propriété des fruits de la chose, au moment de leur naissance (*fructus pendentes pars fundi sunt*) [8]; les jeunes des animaux et les enfants des esclaves appartiennent aussi au maître de l'animal ou de l'esclave qui les a portés dans son sein; car ils suivent la condition de leur mère, sans égard à la conception (*partus sequitur ventrem*) [9].

2. L'accroissement insensible qu'un fleuve ajoute à un fonds (*alluvio*) devient la propriété de celui à qui appartient le fonds [10].

3. Une île formée au milieu d'un fleuve (*insula in flumine nata*) appartient en commun aux propriétaires riverains des deux rives pour la largeur que chaque fonds présente au fleuve, et jusqu'à une ligne censée tirée par le milieu du fleuve; mais lorsque l'île se trouve tout entière de l'un des côtés de cette ligne, elle appartient exclusivement aux propriétaires riverains de ce même côté, toujours en proportion de la largeur que chaque fonds présente au fleuve [11].

4. Le terrain d'un fleuve qui a abandonné son lit (*alveus derelictus*) se divise, comme dans le cas de l'île, entre les propriétaires des fonds riverains de l'ancien lit [12]. Si, au contraire, un fleuve, en se divisant, donne à un terrain la forme d'une île, ce terrain ne cesse pas d'appartenir au même propriétaire; l'on ne perd pas non plus la propriété par une subite inondation [13].

5. Enfin, le *trésor* qui, pour une moitié, est regardé comme une accession du fonds, et pour l'autre moitié rentre dans le principe de l'occupation des choses sans maître; il appar-

[1] Cependant la loi n'accorde au spécificateur qu'un droit de rétention, aussi longtemps qu'il est en possession de la nouvelle espèce, et l'exception *doli mali* contre le propriétaire revendiquant. Arg. § 30, 32, 33, 34, J. II, 1. — fr. 23, § 4, D. VI, 1. Le spécificateur qui agissait de mauvaise foi n'a aucun droit à être indemnisé de son travail. Arg. § 30, J. II, 1.

[2] L'acte de faire du froment avec les épis d'autrui n'est plus considéré, d'après le fr. 7, § 7, in fine, D. XLI, 1, comme au temps de Gajus, comme une spécification. Cpr. Gajus, II, 79. — § 25, J. II, 1.

[3] § 26. J. II, 1. — Le fr. 12, § 3, D. X, 4 et le fr. 52, § 14, D. XLVII, 2, ne sont pas contraires.

[4] Arg. fr. 14, D. XII, 6, et fr. 31, § 3, D. V, 3.

[5] Gajus, II, 79. — Arg. § 26, J. II, 1. — fr. 52, § 14, D. XLVII, 2.

[6] Chez les Romains, *accessio* ne signifiait pas l'acquisition de la propriété par l'addition d'une chose à une autre, mais ce mot désignait la chose ajoutée elle-même (§ 159).

[7] La division ordinairement adoptée en *accessio naturalis, industrialis* et *mixta* n'est ni romaine ni exacte.

[8] Fr. 44, D. VI, 1. — fr. 25, pr. § 1, D. XXII, 1.

[9] § 19, J. II, 1. — fr. 5, § 2, D. VI, 1. — Const. 7, C. III, 32. — fr. 28, D. XXII, 1.

[10] Gajus, II, 70. — § 20, J. II, 1. — fr. 7, § 1; fr. 16; fr. 56, D. XLI, 1.

[11] Gajus, II, 72. — § 22, J. II, 1. — fr. 7, § 3; fr. 29, fr. 30, § 2; fr. 56; fr. 65, § 4, D. XLI, 1. — fr. 1, § 6, D. XLIII, 12.

[12] § 23, J. ibid. — fr. 7, § 5; fr. 30, § 1, 2, D. XLI, 1. — Const. 1, C. VII, 41.

[13] § 22, 24, J. II, 1. — Cpr. fr. 7, § 6, D. XLI, 1. — fr. 1, § 9, D. XLIII, 12.

tient donc moitié au propriétaire du fonds, et moitié à l'inventeur [1].

§ 281. 2. *Des cas de la seconde espèce.* a. *De l'adjonction.*

Les cas de la seconde espèce reposent sur le principe que voici : lorsqu'une chose est unie à une autre, de manière que leur séparation devient impossible ou occasionne la détérioration de l'une d'elles, le propriétaire de la chose principale acquiert aussi la propriété de la chose accessoire qui y est jointe [2]. A cette catégorie appartient en particulier l'*adjonction*, ou la liaison intime de deux choses appartenant à des propriétaires différents. Tels sont les cas de la broderie (*intextura*) [3], de la soudure (*adferruminatio*) [4], du tableau (*pictura*), où la peinture est la chose principale [5], et de l'écriture (*scriptura*) où la matière est le principal [6]; tel est surtout le cas de l'édification (*inædificatio*) où, d'après la règle *solo cedit quod solo inædificatur*, le propriétaire du fonds acquiert aussi la propriété du bâtiment qui s'y trouve placé [7]; le cas de l'ensemencement et de la plantation (*satio et plantatio*) où, d'après le principe *solo cedit quod solo implantatur*, le propriétaire du fonds acquiert la propriété de la semence, de la plante et de l'arbre, aussitôt qu'ils ont pris racine [8]. Enfin, sous cette catégorie il faut ranger l'avulsion (*avulsio*), qui a lieu lorsque la violence d'un fleuve enlève tout d'un coup une portion d'un fonds et la réunit à un autre héritage; dans ce cas, le propriétaire de ce dernier acquiert cette portion, du moment où elle s'est fortement jointe à son héritage [9].

§ 282. *De l'indemnité due, dans ce cas, au propriétaire de la chose accessoire.*

Lorsque, dans les cas que nous avons énumérés, quelqu'un acquiert, par adjonction, ce qui jusqu'alors appartenait à un autre, celui-ci a souvent le droit de demander un dédommagement. Sous ce rapport, il y a une distinction à faire :

1° L'adjonction est opérée par celui qui acquiert la propriété d'une chose appartenant jusqu'alors à une autre personne; il faut examiner alors s'il croyait de bonne foi que la chose qu'il a jointe à la sienne fût à lui, et dans ce cas il ne doit en indemniser le propriétaire qu'autant qu'il est devenu plus riche [10]; si au contraire, en opérant l'adjonction, il versait dans la mauvaise foi, il est tenu, par l'action de vol, de réparer tout le dommage causé [11]. Dans le cas de l'édification, il y a encore cela de particulier, que le propriétaire des matériaux avec lesquels on a construit, n'en perd pas la propriété; mais il ne peut les revendiquer aussi longtemps que le bâtiment subsiste. Par contre, il peut, au moyen de l'action *de tigno juncto*, exiger le double de leur valeur, et sans distinguer si celui qui a bâti a été de bonne ou de mauvaise foi [12].

2° L'adjonction a été opérée par celui qui perd ainsi la propriété d'une chose qui lui appartenait jusqu'alors : il faut alors également examiner s'il a été de bonne foi, et dans ce cas, il peut exercer un droit de rétention jusqu'à ce qu'il ait été dédommagé, et repousser, au moyen de l'exception *doli mali*, le propriétaire revendiquant; mais s'il n'a plus la possession de la chose, le droit romain ne lui donne aucune action [13]. Si au contraire il était de mauvaise foi, il perd sa propriété, sans pouvoir prétendre à aucune indemnité [14], à moins d'envisager la chose jointe comme une impense nécessaire (§ 161), auquel cas il exerce une *actio in factum* en dédommagement [15].

3° Enfin, l'adjonction a-t-elle eu lieu par des événements de la nature, par exemple par avulsion, alors elle doit être considérée comme l'effet du hasard, et celui qui en profite n'est

---

[1] Const. un. C. X, 15.

[2] Lorsque la séparation est possible, le propriétaire de la chose accessoire peut, pour obtenir la séparation, intenter l'action *ad exhibendum*, et la revendiquer ensuite comme sienne. fr. 6; fr. 7, § 1, D. X, 4. — fr. 23, § 5. D. VI, 1.

[3] § 26, J. II, 1.

[4] Fr. 23, § 5, D. VI, 1.

[5] § 34, J. II, 1 : « Ridiculum est enim, picturam Appellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere. » — fr. 9, § 2, D. XLI, 1. — fr. 23, § 3, D. VI, 1. — Gajus, II, 78.

[6] § 33, J. II, 1. — fr. 9, § 1, D. XLI, 1. — Gajus, II, 77.

[7] Gajus, II, 73. — § 29, 30, J. II, 1. — fr. 23, § 6, D. VI, 1. — fr. 6, D. X, 4. — fr. 1, 2, D. XLVII, 3.

[8] § 31, 32, J. II, 1. — fr. 7, § 13; fr. 9, pr. D. XLI, 1. — Gajus, II, 74-76.

[9] Gajus, II, 71. — § 21, J. II, 1. — fr. 7, § 2. D. XLI, 1. — Du Caurroy, *Interprétation du* § 21, *J. de rer. div.*; dans la *Thémis*, t. VI, p. 111 (éd. belge).

[10] Fr. 5, § 3; fr. 23, § 5, D. VI, 1.

[11] § 26, J. II, 1. — fr. 52, § 14, D. XLVII, 2.

[12] Fr. 29, J. II, 1. — fr. 7, § 10, D. XLI, 1. — fr. 23, § 6, D VI, 1. — fr. 6, D. X, 4. — fr. 1, D. XLVII, 3. — Const. 2, C. III, 32.

[13] § 33, 34, J. II, 1. — Gajus, II, 76-78. — fr. 23, § 4. D. VI, 1.

[14] § 30, 34, J. II, 1. — fr. 7, § 12, D. XLI, 1.

[15] Const. 5, C. III, 32.

nullement tenu d'indemniser celui qui en éprouve une perte [1].

§ 283. b. *De la commixtion.*

Le mélange de corps solides appartenant à des propriétaires différents (*commixtio*) [2] n'est, à proprement parler, pas une manière d'acquérir la propriété; en effet, lorsqu'il s'opère du consentement des deux parties, le tout qui provient du mélange devient commun; lorsqu'il a lieu, au contraire, par hasard ou par le fait d'un seul des propriétaires, chacun garde la propriété des choses qui lui appartenaient, et qu'il peut séparer de celle des autres. Mais si cette séparation est impossible, comme dans le cas de blés mélangés, le résultat total du mélange devient commun, et chacun peut, en proportion de ce qu'il y a mis, actionner en partage [3].

§ 284. c. *De la confusion.*

La confusion (*confusio*) est le mélange de choses liquides appartenant à différents propriétaires; le résultat de la confusion devient commun, lorsqu'elle a eu lieu du consentement des deux parties ou par hasard, sans distinguer si le mélange est composé de choses de même ou de différentes espèces [4]. Mais lorsqu'elle a été opérée par l'une des parties sans le consentement de l'autre, le mélange ne devient commun que lorsqu'il est composé de choses de même espèce [5]; car si elles sont d'espèce différente, le mélange est une véritable spécification, et celui qui l'a opéré devient propriétaire du résultat total, en indemnisant l'autre, d'après les principes généraux énoncés au § 278 [6].

§ 285. D. *De l'adjudication.*

L'adjudication de la propriété d'une chose par le juge se présente dans les trois jugements divisoires : *familiæ erciscundæ, communi dividundo* et *finium regundorum*. Dans ces cas, le juge a le droit d'adjuger à l'un ou à l'autre des copropriétaires la propriété exclusive d'une chose jusqu'alors commune entre eux, et sa sentence emporte, de plein droit, la translation de la propriété de la chose adjugée [7], en supposant toutefois qu'elle fût réellement commune entre les copartageants, et qu'elle n'appartenait pas à un tiers [8].

§ 286. E. *De la tradition.*

1. *Notion.*

Considérée comme manière d'acquérir la propriété, la *tradition* (*traditio*) [9] repose sur le principe suivant : celui à qui le propriétaire abandonne la possession d'une chose, dans le but de lui en faire acquérir la propriété, l'acquiert réellement par là [10], si telle est son intention [11].

§ 287. 2. *Des conditions de la tradition.*

a. *De la propriété et de la faculté de disposer dans le chef de celui qui opère la tradition.*

La propriété d'une chose ne peut être transférée, par tradition, que par celui qui en est réellement propriétaire et qui en a la libre disposition. Ainsi, l'aliénation et la tradition opérées par le non-propriétaire ne transfèrent aucune propriété à celui qui reçoit la chose [12];

---

[1] Il y a, à la vérité, beaucoup d'auteurs qui pensent différemment, mais le § 31, J. II, 1; les fr. 5, § 3; fr. 23, § 4, 5, D. VI, 1; fr. 7, § 13; fr. 26, § 2, D. XLI, 1, qu'ils invoquent, ne parlent que de l'adjonction opérée par le fait de l'homme.

[2] Par les mots *miscere* ou *commiscere*, les modernes n'entendent que le mélange de corps *solides*, et par *confundere*, le mélange de choses *liquides*; mais les Romains emploient l'une et l'autre expression pour les choses solides et liquides. fr. 3, § 2; fr. 5, pr. § 1, D. VI, 1. — fr. 7, § 8, D. XLI, 1.

[3] § 28, J. II, 1. — fr. 5, pr. D, VI, 1. — Dans *un seul cas*, la commixtion fait acquérir la propriété; c'est lorsque l'on a payé une dette avec l'argent d'autrui ou que l'on a donné l'argent d'autrui en prêt, et que celui qui l'a reçu l'a mêlé avec le sien. fr. 78, D. XLVI, 3.— Cpr. fr. 11, § 2, D. XII, 1.

[4] § 27, J. II, 1. — fr. 7, § 8, 9, D. XLI, 1.

[5] Fr. 3, § 2; fr. 4, D. VI, 1.

[6] Fr. 5, § 1, D. ibid. — fr. 12, § 1, D. XLI, 1. — § 25, J. II, 1.

[7] Ulpien, XIX, 16. — § 4-7, J. IV, 17. — Const. 3, C. III, 37.

[8] Fr. 17, D. XLI, 3. D'après le principe : *inter alios acta et judicata aliis non nocent*. Code, VII, 60.

[9] Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. IV, c. 15-20.

[10] Const. 20, C. II, 3 : « Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. »

[11] Fr. 55, D. XLIV, 7.

[12] D'après la règle connue, fr. 54, D. X, 17 : « nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet. » fr. 20, pr. D. XLI, 1. Celui qui reçoit la chose n'acquiert, en supposant qu'il ait été de bonne foi, que la possession propre à l'usucapion. — Cette règle fait exception pour le fisc, le prince et la princesse. Ceux-ci transfèrent immédiatement la propriété des choses d'autrui, sauf le droit du propriétaire de demander au

à moins cependant qu'il n'en devienne propriétaire par la suite [1], ou que par des motifs particuliers, il ait le droit d'aliéner la chose d'autrui [2], comme le créancier nanti d'un gage [3]; au contraire l'aliénation et la tradition, bien que faites par le propriétaire, mais qui n'en avait pas la libre disposition, sont entièrement nulles et sans effet [4]. Ainsi, par exemple, le mari ne peut aliéner le fonds dotal même du consentement de la femme, et le pupille ne peut rien aliéner sans autorisation de son tuteur [5].

§ 288. b. *De la juste cause.*

Mais la tradition d'une chose de la part du propriétaire ne transfère la propriété à celui qui la reçoit, que lorsqu'elle est précédée d'une *juste cause* (*justa causa*) [6], c'est-à-dire soit d'un acte légal qui serve de base au droit sur la propriété de la part de celui qui la reçoit [7], soit au moins d'un fait quelconque, par lequel celui qui opère la tradition fait voir son intention de transmettre à un autre la propriété de la chose [8]. Lorsque les parties ont réellement l'intention de transmettre et de recevoir la propriété, il importe peu que l'une et l'autre aient eu en vue une cause différente [9], ou que le dol ait donné lieu soit à l'acte lui-même, soit au crédit en faveur de l'acheteur [10].

§ 289. 3. *Du mode de tradition.*

La tradition doit avoir pour effet de donner un pouvoir sur la chose à celui qui la reçoit, et de joindre à la possibilité légale, la possibilité physique sur la chose [11]. Il s'ensuit que la tradition doit être regardée comme accomplie du moment où celui qui reçoit la chose a la possibilité physique d'en disposer. En droit, il importe peu de quelle manière celle faculté de disposer de la chose ait été opérée (§ 251).

La tradition peut donc avoir lieu :

1. Par la remise de la chose entre les mains de celui qui doit la recevoir.

2. Lorsque celui qui fait la tradition conduit celui qui la reçoit sur le fonds, ou près du fonds, ou dans un endroit d'où l'on puisse voir le fonds, et qu'il le lui montre, en lui déclarant sa volonté de lui en donner la possession [12].

3. Lorsqu'il dépose la chose mobilière devant celui qui la reçoit ou, d'après son ordre, dans sa maison (*longa manu*) [13].

4. Lorsque celui qui fait la tradition remet la chose à une personne désignée par celui qui doit la recevoir (*brevi manu*) [14].

5. Lorsque celui qui possède la chose au nom d'un autre, acquiert le droit de posséder la chose en son propre nom, de manière que ni une première ni une seconde tradition n'est requise [15] : les modernes l'appellent aussi *traditio brevi manu* (§ 252). Par exemple, lorsqu'un objet a été prêté, loué ou remis en dépôt, et qu'ensuite il est vendu, donné ou constitué en dot à cette même personne.

6. Réciproquement, lorsque celui qui jusqu'ici possédait pour lui, donne la propriété à un autre et continue de posséder au nom de ce dernier; c'est ce qu'aujourd'hui on nomme *constitutum possessorium* (§ 258) [16].

7. Enfin, la tradition peut avoir lieu par la remise d'un objet qui rende possible la prise de possession de la chose, comme par la remise des clefs du lieu qui la renferme. Par exemple,

---

fisc des indemnités endéans quatre années. § 14, J. II, 6. — Const. 3, C. VII, 37.

[1] Fr. 42, D. XLI, 3. On opposerait à celui qui a aliéné et qui voudrait lui-même revendiquer la chose, l'exception *rei venditæ et traditæ*. fr. 1, pr.; fr. 2, D. XXI, 3. — fr. 72, D. VI, 1. — fr. 17, D. XXI, 2.

[2] Pr. J. II, 8. « Accidit aliquando, ut qui dominus non sit alienandæ rei potestatem habeat. »

[3] § 1, J. ibid. — fr. 46, D. XLI, 1.

[4] Pr. J. II, 8 : « Accidit aliquando, ut qui dominus sit, alienare non possit. »

[5] § 2, J. ibid. — fr. 6, D. XLV, 1.

[6] S'il n'y a point de juste cause, la tradition ne transfère point de propriété. fr. 31, pr. D. XLI, 1. « Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. »

[7] Si la tradition est la conséquence d'un *contrat de vente*, l'acheteur ne devient pas propriétaire par cela seul, mais il doit avoir payé le prix de vente, ou on doit lui avoir fait crédit. § 41, J. II, 1. — fr. 19, 53, D. XVIII, 1. — fr. 5, § 18, D. XIV, 4. — fr. 11, § 2, D. XIX, 1.

[8] Par exemple § 40, 46, J. II, 1. — fr. 9, § 7, D. XLI, 1. — fr. 5, § 1, D. XLI, 7. — fr. 3, § 1, D. XLIV, 7.

[9] Fr. 36, D. XLI, 1. — fr. 18, D. XII, 1. — *V.* à cet égard : Regenbrecht, *Comm. ad L.* 36, *D. de acquir. dom. et L.* 18, *D. de rebus cred.* Berol. 1820.

[10] Fr. 11, § 3, 5; fr. 13, § 27, 28, D. XIX, 1. — fr. 9, § 3, D. XLI, 1. — Const. 5, 10, C. IV, 44. — *V.* aussi fr. 4, § 27-32, D. XLIV, 4.

[11] Savigny, *Traité de la possession*, § 13-28.

[12] Fr. 18, § 2, D. XLI, 2. — fr. 1, § 21, D. ibid.

[13] Fr. 79, D. XLVI, 3. — fr. 18, § 2, D. XLI, 2.

[14] Fr. 15, D. XII, 1. — fr. 43, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 3, § 12, D. XXIV, 1. — fr. 1, § 21, D. XLI, 2. — fr. 11, pr. D. VI, 2.

[15] Fr. 9, § 1, D. VI, 2. — fr. 9, § 5, D. XLI, 1. — § 44, J. II, 1. — fr. 9, § 9, D. XII, 1.

[16] Const. 28, C. VIII, 54. — Const. 35, § 5, C. ibid. — fr. 18, pr. D. XLI, 2. — fr. 77, D. VI, 1.

on vend les marchandises déposées dans un magasin ; aussitôt qu'on remet à l'acheteur les clefs du magasin, on lui transfère la propriété des marchandises [1].

Les modernes ne voient dans cet acte qu'un symbole de la chose à délivrer, et nomment cette espèce de remise *traditio symbolica*, que l'on peut également effectuer par d'autres signes représentatifs de la chose [2].

§ 290. F. *De l'usucapion.*

1. *Notion et espèces.*

On acquiert la propriété d'une chose par *usucapion* [3], en la possédant comme sienne pendant un certain temps [4]. D'après le droit romain nouveau, elle se divise en *usucapion ordinaire* (*usucapio* ou *longi temporis possessio s. præscriptio*) qui s'accomplit par trois, dix ou vingt ans [5] ; et en *usucapion extraordinaire* qui est de deux espèces : l'une est parfaite par un laps de temps *déterminé* (*præscriptio 30 vel 40 annorum; præscriptio longissimi temporis acquisitiva*), l'autre qui n'a aucune limite, est la prescription immémoriale (*præscriptio immemorialis*).

Les modernes désignent ordinairement cette matière par l'expression générale de *prescription ;* mais le droit romain n'emploie pas ce mot dans ce sens général. Ils comprennent par là les espèces suivantes :

1° *La prescription acquisitive* de la propriété et des servitudes, appelée chez les Romains *usucapio seu longi temporis possessio, aujourd'hui præscriptio acquisitiva*. Nous parlerons ici de l'acquisition de la propriété par usucapion, et, sous le § 325, de l'acquisition des servitudes par leur exercice pendant un long espace de temps.

2° La *prescription extinctive* de propriété (*præscriptio extinctiva*), aussi bien des servitudes et d'autres droits semblables, par leur non-exercice (*non usus*), que des actions non intentées en temps utile (*temporis exceptio s. præscriptio*) dont nous avons parlé aux §§ 209 et 210.

§ 291. 2. *Des conditions générales de toute usucapion.*

Le concours des conditions suivantes est nécessaire à toute usucapion :

1. Celui qui veut acquérir la propriété d'une chose par usucapion doit sans interruption en avoir la possession juridique (*continua possessio*) [6]. L'interruption de la possession s'appelle *usurpatio*, qui est naturelle [7], lorsqu'on a réellement perdu la possession, ou civile, lorsqu'on intente une action contre le posseseur [8], on lorsqu'en son absence, on proteste contre son droit [9].

L'usurpation civile n'interrompt point l'usucapion envers les autres, mais seulement envers celui qui actionne [10].

2. La possession doit être de *bonne foi;* le droit romain exige seulement, chez celui qui prescrit, la bonne foi au commencement (*mala fides superveniens non nocet*) [11]; cependant lorsqu'il acquiert la possession par suite d'un

[1] § 45, J. II, 1. — fr. 9, § 6, D. XLI, 1. — fr. 1, § 31 in fine, D. XLI, 2. — fr. 74, D. XVIII, 1.

[2] M. Du Caurroy critique cette expression; *v.* ses *Institutes expliquées*, sur le § 45, tt. 1.

[3] Gajus, II, 41-61. — Ulpien, XIX, 8. — Paul, V, 2. — Cod. Theod. IV, 13. — Inst. II, 6. — Dig. XLI, 3-10. — Code, VII, 26-40. — Nov. 22. ch. 24. — Nov. 119, ch. 7. — Nov. 131, ch. 6. — Cujas, *Comm. ad. tit. Dig. de usucapionibus ;* dans ses *Opera*, t. I. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. V, c. 4, 14-31 ; lib. XI, c. 11-12. — Jac. Rave, *De præscriptionibus*. Jenæ, 1766. Ed. nov. cura Eichmanni. Halæ, 1790. — Thibaut, *Ueber Besitz und Verjaehrung*, ou *De la possession et de la prescription*. Jenæ, 1802. — Dabelow, *Ueber die Verjaehrung*, ou *De la prescription*. 2 vol. Halle, 1805, 1807. — J. De Wet, *De usucapione et præscriptione sec. princ. jur. romani*. Lugd.-Bat. 1810. — K. A. D. Unterholzner, *Die Lehre von der Verjaehrung durch fortgesetzten Besitz*, ou *De la prescription par continuation de possession*. Breslau, 1815. — Gesterding, *Vom Eigenthume*, ou *De la propriété*, § 39. — Bal-horn, *Du dominium*, p. 233. — Ever. Dupont, *De præscriptionibus secundum hodierni et romani juris præcepta*. Leodii, 1823. — T. E. Engelbach, *Ueber die Usucapion zur Zeit der zwœlf Tafeln*, ou *De l'usucapion du temps des XII tables*. Marbourg, 1828. — C. F. Reinhardt, *De l'usucapion et de la prescription du droit romain*. Stuttgardt, 1832. — Hameaux, *Die usucapio und longi temporis præscriptio*. Giessen, 1835.

[4] Fr. 3, D. XLI, 3. « *Usucapio* est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. »

[5] Cette espèce d'usucapion est née de la fonte que Justinien a faite, dans la Const. 1, C. VII, 31, de l'ancienne usucapion civile et de la *longi temporis possessio s. præscriptio* du préteur ; de sorte qu'aujourd'hui il n'y a plus de différence entre elles.

[6] Fr. 25, D. XLI, 3.

[7] Fr. 2, 5. D. XLI, 3.

[8] Const. 10. C. VII, 32. — Const. 1, 2, 10, C. VII, 33. — Const. 3, C. VII, 40. — Const. 2, C. III, 19.

[9] Const. 2, 3, C. VII, 40.

[10] Fr. 18, D. VI, 1. — Const. 2, 3, C. VII, 40.

[11] Fr. 7, § 4 ; fr. 2, § 13, D. XLI, 4. — fr. 15. § 2, D. XLI, 3.

contrat de vente, il doit déjà avoir été de bonne foi en concluant le contrat [1].

Il faut aussi que la possession ait duré pendant un certain laps de temps déterminé qui diffère selon les diverses espèces d'usucapion; lorsqu'il s'agit de l'usucapion ordinaire, on le compte civilement (*civiliter*), c'est-à-dire qu'il est déjà considéré comme accompli dès que le dernier jour a commencé [2]. Lorsque, pendant le temps nécessaire pour accomplir la prescription, plusieurs personnes ont eu la possession d'une chose, on ajoute le temps de possession du prédécesseur à celui du successeur, *accessio possessionis s. temporis* [3].

Le successeur universel ne peut se soustraire à cette accession de temps, et il en profite aussi bien qu'elle lui préjudicie. Ainsi, si le défunt a été de bonne foi en acquérant la possession, l'héritier peut accomplir l'usucapion, fût-il même de mauvaise foi. Si, au contraire, le défunt a été de mauvaise foi, l'héritier ne peut usucaper, fût-il de bonne foi [4].

Le successeur particulier peut, s'il le trouve avantageux pour lui, se prévaloir de cette accession; mais il faut que la possession de son prédécesseur ait été propre à fonder l'usucapion et que la sienne le soit également. Si la possession du prédécesseur n'est pas propre à conduire à l'usucapion, elle ne profite point, à la vérité, au successeur particulier, mais aussi elle ne lui préjudicie pas comme au successeur universel; dans ce cas, le successeur particulier peut donc, s'il a été de bonne foi, commencer l'usucapion dans sa personne [5].

3. Il faut une chose qui puisse être usucapée. Les choses qui ne sont pas dans le commerce des hommes [6], sont les seules dont l'usucapion ne s'accomplisse par aucun laps de temps, parce qu'elles ne peuvent former l'objet d'aucune propriété. Mais il est d'autres choses qui ne peuvent être prescrites pendant un certain temps; telles sont : les biens dotaux, que la femme elle-même peut revendiquer à la dissolution du mariage ou lors de la séparation des biens occasionnée par l'insolvabilité du mari; l'usucapion ne court pas à leur égard pendant le mariage [7]; ensuite, les biens adventices des enfants, tant qu'ils sont sous la puissance paternelle [8]; les choses des pupilles et des mineurs, pendant la minorité [9]; enfin, les choses volées et les choses possédées par violence, aussi longtemps que ce vice inhérent à la chose (*vitium rei inhærens*) n'a pas été purgé d'une manière quelconque [10].

4. Enfin, le propriétaire de la chose doit avoir été dans la possibilité de faire valoir ses droits de propriété : *agere non valenti non currit præscriptio;* la prescription ne court pas (*præscriptio dormit*) aussi longtemps qu'il a été dans une impossibilité légale [11].

§ 292. 3. *Des conditions particulières de l'usucapion ordinaire* [12].

a. Res habilis.

Outre les conditions générales dont nous venons de parler, l'usucapion ordinaire exige encore le concours des conditions suivantes :

---

[1] Fr. 48, D. XLI, 3. — fr. 2, pr. D. XLI, 4. Mais le droit canon veut qu'on ait été dans la bonne foi pendant tout le temps nécessaire à la prescription. Cap. 20, X, 2, 26 : « unde oportet, ut qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ. Cap. 5, X. Ibid. — Cap. 2, *de reg. jur. in VIto.*

[2] Fr. 6; fr. 7; fr. 31, § 1, D. XLI, 3. — fr. 15, pr. D. XLIV, 3.

[3] § 12, 13, J. II, 6. — Dig. XLIV, 3. — Code VII, 31.

[4] § 12, J. II, 6. — fr. 2, § 19, D. XLI, 4. — fr. 11; fr. 14. § 1, D. XLIV, 3. — fr. 30, pr. D. IV, 6. — Cpr. Const. 11, C. VII, 32. — Const. fr. 43. pr. D. XLI, 3.

[5] § 13, J. II, 6. — fr. 13, § 10, D. XLI, 2. — fr. 14, 15, 16, D. XLIV, 3. — fr. 2, § 17, D. XLI, 4. — Const. 1. 11, C. VII. 33. — Const. 4, C. III, 32.

[6] § 1, J. II, 6. — fr. 9. D. XLI, 3.

[7] Const. 30. C. V, 12. — Il est des auteurs qui n'admettent cette restriction que pour les *immeubles* dotaux et pour l'usucapion *ordinaire*.

[8] Const. 1, § 2, C. VII, 40. — Nov. 22, ch. 24 in fine.

[9] Const. 3, C. VII, 35. « Non est incognitum, id temporis quod in minore ætate transmissum est, longi temporis præscriptioni non imputari : ea enim tunc currere incipit, quando ad majorem ætatem dominus rei pervenerit. » Ainsi, dès le moment de la majorité accomplie, les choses des pupilles et des mineurs sont soumises à l'usucapion *ordinaire*, parce qu'aucune loi ne les excepte plus. Cependant les opinions sont très-divisées sur ce point. La plupart des auteurs prétendent que les choses des pupilles sont entièrement imprescriptibles pendant la tutelle, et que celles des mineurs ne peuvent jamais être acquises que par la prescription trentenaire. Mais la const. 3. C. VII, 39, que l'on invoque, ne parle aucunement de l'*usucapion*, mais de la *prescription des actions*, dont les principes et le laps de temps sont tout différents. — Sur cette matière, v. Alex. Daniels, *Comm. de usucapione et præscriptione adversus pupillos et minores.* Bonnæ, 1827.

[10] Gajus II, 45, 49 seq. — § 2, 3, 4, 6. J. II, 6. — fr. 4, § 6-28, D. XLI, 3. — Fulvæus, *Ad leg. Atiniam s. de rei furtivæ prohibita usucapione*, dans le *Thes.* d'Otto, t. IV, p. 327. — Ditmar. *Comm. ad legis Atiniæ de rerum furtivarum usucapione historiam et interpretationem observationes continens.* Heidelb. 1848.

[11] Const. 30 in fine, C. V. 12. — Const. 1, § 2, C. VII, 40. — Const. 7, § 4, C. VII, 39. — Cpr. aussi la const. 2, 3, C. VII, 40.

[12] Le vers suivant indique quelles sont les conditions générales et particulières de l'usucapion ordinaire :

Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

1. La chose que l'ou veut acquérir par l'usucapion ordinaire, doit être susceptible de cette espèce d'usucapion. Parmi les choses qui ne le sont pas, il faut ranger les biens du fisc et les biens partieuliers du prince [1]; les immeubles des églises et des établissements de bienfaisance, et d'après le droit nouveau, ceux des villes [2]; en droit canon. toutes les choses de l'Eglise romaine, sans faire de distinction entre les meubles et les immeubles [3]; les choses qui sont en litispendance, en tant que le défendeur veut les prescrire contre le demandeur [4]; les ehoses dont la loi ou un testament défend l'aliénation [5]; tous les immeubles qu'un possesseur de mauvaise foi aliène à l'insu du propriétaire; ear si celui-ci. connaissant son droit et le fait de l'aliénation, en permettait l'accomplissement sans protester, les immeubles seraient soumis, à l'égard du tiers possesseur de bonne foi, à l'usucapion ordinaire [6]; enfin, les biens adventiees des enfants, aliénés par le père, après la dissolution de la puissance paternelle [7], de même que les *lucra nuptialia* aliénés par père ou mère, et dont la propriété est dévolue aux enfants [8].

Toutes ces ehoses, exceptées de l'usucapion ordinaire, ne peuveut être aequises que par l'usueapion extraordinaire de 30 ou 40 années (§ 296).

§ 293. b. Justus titulus.

2. La seconde condition uécessaire à l'usucapion ordinaire est le *juste titre* [9], c'est-à-dire le possesseur de la chose doit eu avoir acquis la possessiou d'une mauière conforme au droit, et avoir la conviction qu'il est réellement propriétaire de la chose, ou, eomme disent les Romains, il doit posséder *bona fide pro suo*. Le titre ne peut done reposer sur un acte nul et sans aucuu effet [10]. Aucune erreur ne doit exister par rapport à la *chose* à laquelle le titre se rapporte [11]. Si l'erreur repose dans la personne de l'auteur, il faut examiner si elle est de droit ou de fait; la première forme un empêchement à l'usucapion, mais il n'en est pas de même de la seconde [12]. Enfiu, si l'erreur se rapporte à la cause de la possession elle-même, il faut distinguer : s'il existe réellement un titre, mais autre que celui en vertu duquel on eroit posséder, dans ce cas, l'usucapion n'est pas interrompue [13]; si, au contraire, il n'existe aucuu titre, dans ce cas, l'usucapion ordinaire au moins ne peut avoir lieu [14].

§ 294. c. Tempus.

3. La possession doit avoir duré, à l'égard des meubles, trois ans, et à l'égard des immeubles, dix ans, lorsque les parties ont leur domicile dans la même province (*inter præsentes*), et vingt ans, lorsque les parties demeurent dans des provinees différeutes (*inter absentes*) [15]. Si l'on a possédé partie entre présents, partie entre absents, il faut, pour pouvoir opposer l'exception de dix ans, compter d'abord les années de présence, et parfaire le temps requis par le nombre double d'anuées d'absence, de sorte que deux ans entre absents comptent pour un an entre présents [16].

---

[1] § 9, J. II, 6. — fr. 18, D. XLI, 3. — Code, VII, 38. — Const. 6, C. VII, 39. — Const. 14, C. XI, 61.

[2] Nov. 131, ch. 6, comparée aux dispositions antérieures de la const. 23, C. I, 2. — Nov. 9 et 111.

[3] C. 16, 17, C. 16, qu. 3. — Cap. 13, 14, 17, X. 2, 26. — Cap. 2, *De præscriptione* in *VIto* (2, 13).

[4] Const. 1, C. VII, 33, comparée avec la const. 9, C. VII, 39.

[5] Const. 1, 2, C. VII, 26. — Const. 3, § 3, C. VI, 43.

[6] Nov. 119, ch. 7. — Auth. *malæ fidei*, C. VII, 33.

[7] Car, aussi longtemps que dure la puissance paternelle, ils ne peuvent être aucunement usucapés; à la dissolution de cette puissance, ils sont soumis à l'usucapion trentenaire.

[8] Const. 6, § 4. C. VI, 61. — Nov. 22, ch 24.

[9] Const. 24, C. III, 32. — Const. 6, C. VII, 14. — Il y a plusieurs titres, par exemple *titulus pro suo, pro emptore, pro herede vel pro possessore, pro donato, pro soluto, pro adjudicato, pro dote*, etc. *V.* Dig. XLI, 4-10. — Sur le titre *pro herede* en particulier, v. G. Elben (Pr. Ed. Schrader), *Diss. de usucapione pro herede*, Tübing. 1823. — G. Franc. Hartmann, *Diss. continens observationes quasdam de titulo pro herede*. Cellis, 1823. — Poucerus, *De pro herede usucapionis natura*.

[10] Fr. 1, § 1, 2, D. XLI, 6. — fr. 26, pr. D. XXIV, 1. — fr. 44, D. ibid. — Si l'acte est valable, mais seulement révocable, l'usucapion peut courir. fr. 13, pr.; fr. 33, D. XXXIX, 6.

[11] Fr. 2, § 6, D. XLI, 4.

[12] Fr. 31, pr. D. XLI, 3. — fr. 2, § 15, D. XLI, 4.

[13] Fr. 31, § 6, D. XLI, 3, compara avec le fr. 30, D. XLI, 1.

[14] Les jurisconsultes romains n'étaient pas d'accord sur cette question, comme on peut le voir par les passages suivants : fr. 27, D. XLI, 3. — fr. 6. D. XLI, 7. — fr. 1, pr. D. XLI, 6. — fr. 2, § 2. D. XLI, 4 et fr. 3, 5, D. XLI, 10. — fr. 48, D. XLI, 3. Mais Justinien a, dans le § 11, J. II, 6, confirmé l'opinion négative, déjà appuyée par la const. 4. C. VII, 29 et const. 4, C. VII, 33. Mais d'après la const. 8, § 1, C. VII, 39, il faut admettre aujourd'hui, dans ce cas, l'usucapion extraordinaire.

[15] Const. 12. C. VII, 33. — Const. un. C. VII, 31. — Nov. 119, ch. 7.

[16] Nov. 119, ch. 8.

§ 295. 4. *De l'usucapion extraordinaire de 30 et 40 ans* [1].

Lorsqne les qualités générales requises ponr tonte usucapion existent, mais qu'une des conditions particulièrea de l'usucapion ordinaire vient à manquer, *l'usucapion extraordinaire* a lieu. Ainsi, la bonne foi est également reqnise, et le possesseur scqniert alors, après 30 ou 40 ans, la propriété de la chose et, avec elle, la *rei vindicatio*. Mais s'il est de manvaise foi, il ne pent jamais *usucaper*, c'est-à-dire, il ne pent acqnérir ni propriété ni action, et il n'acquiert qu'une simple exception contre l'action du propriétaire, car celle-ci s'éteint psr la prescription [2].

Ainsi, l'on prescrit par 30 ans, lorsque ponr les choses soumises à l'usucapion ordinaire, on ne peut produire un juste titre (§ 293), ou lorsque, pouvant justifier d'un juste titre, la chose appartient à la catégorie de celles qui sont exceptées de l'usucapion ordinaire (§ 292) [3].

Mais si ces deux conditions de l'usucapion ordinaire manquent à la fois, le droit romain accorde encore l'usucapion extraordinaire de 40 ans.

§ 296. *Du laps de temps requis pour accomplir cette usucapion.*

En principe général, l'usucapion extraordinaire exige un laps de temps de 30 ans. Mais cette règle souffre des exceptions; en effet, 40 ans sont nécessaires ponr prescrire les biens dn fisc et cenx du prince, les immeubles des égliaes et des établissements de bienfaisance. et les hiens des villes; le droit canon exige même nne possession de 100 sns pour usucaper les choses de l'Eglise romaine. Les hiens des villes [4], et les choses qui sont l'objet d'un procès interrompu ne peuvent être prescrites par le défendeur contre le demsndeur qu'après 40 ans, à dster dn dernier acte judiciaire [5].

§ 297. 5. *De la prescription immémoriale.*

Nous avons encore à parler de la prescription immémoriale (*præscriptio immemorialis*), espèce particulière d'usucapion extraordinaire, dont on trouve déjà quelques traces en droit romain [6]. Elle repose sur ce principe, que celui qui, de temps immémorial, se trouve sans interruption en possession d'nne chose on dans l'exercice d'un droit, est regardé comme s'il avait légalement acquis cette chose ou ce droit [7]. En réalité, elle n'eat autre chose qu'une présomption d'acquisition légale, et on l'accorde d'ordinaire subsidiairement, là où, à cause de circonstances particulières, on ne peut admettre l'usucapion ni ordinaire ni extraordinaire.

§ 298. G. *De l'acquisition des fruits d'une chose d'autrui.*

1. Le premier point à examiner, lorsqn'il s'agit d'acquérir la propriété des fruits d'nne chose d'autrui [8], est celui de savoir si le possesseur de la chose a le droit de les percevoir.

a) Dans ce cas, s'il n's pas la possession jnridique de la chose principale, par exemple, s'il est usufruitier ou fermier, il n'acquiert la propriété des fruits que par la perception; il doit donc en opérer une prise de possession qui, dans le fait, n'est autre chose qu'une tradition des fruits de la part du propriétaire de la chose

[1] F. G. Pohl, *Diss. de fatis præscriptionis longissimi temporis*. Lips. 1780. — J. L. Koch, *Diss. de præscriptione longissimi temporis acquisitiva*. Wirceb. 1807.

[2] Const. 8, § 1, C. VII, 39, comparée avec la const. 3, ibid. et la Nov. 119, ch. 7.

[3] Const. 8, § 1, C. VII, 39, mais surtout Const. 14, C. XI. 61.

[4] Cpr. la const. 14, C. XI, 61.

[5] Const. 1, C. VII, 33, comparée avec la const. 9, C. VII, 39.

[6] Fr. 3, § 4, D. XLIII, 20. « Ductus aquæ, cujus origo *memoriam excessit*, jure constituti loco habetur. » Cpr. fr. 10, pr. D. VIII, 5. — fr. 2, pr. § 8; fr. 26, D. XXXIX, 3. — fr. 28, D. XXII, 3.

[7] Cpr. cap. 26, X. 5. 40. — cap. 1 in *VIto*, 2, 13. — *Bulle d'or*, tit. 2, § 1. — *Archives de l'empire* de 1548, § 56, et de 1576, § 105.

[8] Doneau, *Comm. jur. civ.* liv. IV, c. 24-26. — A. Ph. Frick, *De jure bonæ fidei possessoris circa fructus e re aliena perceptos*. Helmst. 1769. — G. A. de Wolffradt (Præs. Ge. Lud. Bœhmero), *Diss. sistens theoriam generalem de acquisitione fructuum*. Gœtt. 1783. — F. J. Arens, *Diss. de juris bonæ fidei possessori in fructus ex re aliena competentis legitimo fundamento*. Giess. 1803. — J. T'Serclaes, *Diss. an bonæ fidei possessor fructus percipiendo vel consumendo suos faciat?* Dans les *Ann. Acad. Lovan.* 1827-29. — Savigny, *Traité de la possession*, § 22 *a*. — Ferd. Th. Eckenberg, *Diss. de publiciana in rem actione*. Lips. 1821, P. II, p. 37-68. — T. G. Ed. Backe, *Diss. bonæ fidei possessor quemadmodum fructus suos facit*. Berol. 1825. — Warnkœnig, *Comm. jur. civ.* t. I, p. 682; comparez-le avec la *Thémis*, t. X, p. 89. — Ferry, *Ibid.* p. 530.

et une appréhension de la part de l'acquéreur [1].

b) Mais s'il a la possession juridique de la chose principale, comme l'emphytéote, il acquiert la propriété des fruits par la simple séparation, parce qu'alors il n'a nullement besoin d'une prise de possession [2].

2. Si le possesseur de la chose n'a pas le droit d'en percevoir les fruits, il faut de nouveau distinguer :

a) S'il est possesseur de bonne foi, il acquiert, par la séparation, la propriété des fruits; mais cette propriété elle-même est provisoire de sa nature [3], et lui donne seulement, comme toute autre propriété, le droit de consommer les fruits [4]. Ainsi, lorsque le propriétaire de la chose revendiquera les fruits, le possesseur ne sera pas tenu de restituer ceux qui auront été consommés, mais seulement les fruits existants, s'il n'en a point déjà acquis la propriété par usucapion [5].

b) Si, au contraire, le possesseur est de mauvaise foi, il ne peut acquérir aucune propriété des fruits; il devra donc restituer tous les fruits perçus et à percevoir (*fructus percepti et percipiendi*), et indemniser le propriétaire pour les fruits consommés [6].

TITRE III.

DES DROITS DU PROPRIÉTAIRE.

§ 299. I. *Des droits du propriétaire, en général.*

La propriété est, de sa nature, un droit illimité et exclusif (§ 273).

A. La première de ces deux qualités donne au propriétaire le droit de disposer, selon sa libre volonté, de la substance de la chose et même de la détruire. Il a le droit de renoncer à sa propriété, soit entièrement, soit en partie, ou à certains droits contenus dans la propriété, aussi bien entre vifs qu'à cause de mort, et de la transférer à d'autres. Il a encore le droit de posséder la chose, de s'en servir, d'en faire un usage quelconque qui ne soit pas contraire aux lois, dût-il même par là causer du dommage à autrui, d'après le principe général : *qui jure suo utitur neminem lædit* [7].

B. La seconde de ces qualités lui donne le droit d'exclure tout autre de l'usage et de la jouissance de sa chose, quand même il n'éprouverait aucun préjudice de cet usage ou de cette jouissance [8]. Ensuite, il a le droit de défendre sa propriété, et même la faculté de détruire les choses des autres qui doivent lui faire craindre de perdre la sienne ou de l'exposer à un danger [9]. En cas de doute, la présomption est toujours favorable à la liberté de la propriété. Mais la propriété peut être restreinte sous l'un et sous l'autre rapport, et la volonté du propriétaire, aussi bien que la loi, peuvent être la cause de cette restriction.

§ 300. II. *Des restrictions légales apportées à la propriété.*

Aux restrictions légales de la propriété appartiennent, outre les aliénations que la loi défend (§ 195), outre les servitudes (§ 325, n° 5) et les droits d'hypothèque et de gage (§ 346-348), les suivantes :

1. Le propriétaire ne peut, en creusant son fonds, mettre immédiatement le bâtiment de son voisin en danger [10].

2. Il doit observer, en faisant de nouvelles constructions, certaines distances de la propriété de son voisin [11].

---

[1] § 36, J. II, 1. — fr. 12, § 5, D. VII, 1. — fr. 13, D. VII, 4.

[2] Fr. 25, § 1 in fine, D. XXII, 1.

[3] Fr. 48, pr. D. XLI, 1. — fr. 48, § 6, D. XLVII, 2. — fr. 4, § 19, D. XLI, 3. — fr. 25, § 1; fr. 28, D. XXII, 1. — fr. 13, D. VII, 4.

[4] § 35, D. II, 1. — § 2, J. IV, 17. — fr. 4, § 2, D. X, 1. — fr. 40 in fine, D. XLI, 1.

[5] Const. 22, C. III, 32, et les passages de la note précédente.

[6] § 35, J. II, 1. — fr. 4, § 19, D. XLI, 3. — Const. 22, C. III, 32.

[7] Fr. 151, 155, § 1, D. L, 17. — fr. 24, § 12, D. XXXIX, 2. — fr. 9, D. VIII, 2. — *V.* cependant le § 300.

[8] Fr. 16, D. VIII, 3. — fr. 13, § 7, D. XLVII, 10. — C. 11, C. III, 34. — C. 11, 14, C. IV, 38.

[9] Fr. 1, D. XIV, 2. — fr. 3, § 7, D. XLVII, 9. — fr. 7. § 4, D. XLIII, 24.

[10] Fr. 24, § 12 in fine, D. XXXIX, 2. — Sur les constructions faites dans le dessein de nuire au voisin, *v.* le fr. 3, pr. D. L, 10.

[11] Fr. 13, D. X, 1. — fr. 14, D. VIII, 2. — Const. 9, 11. 12, § 2, C. VIII, 10. C'est surtout le cas en construisant un *sterculinium* ou une *latrina*. fr. 17, § 2, D. VIII, 5. — fr. 3, D. XXXIX, 3.

3. Il ne peut élever sur sa propriété aucun bâtiment qui prive l'aire de son voisin du courant qui lui est nécessaire [1].

4. Le fonds inférieur est assujetti à recevoir l'eau de pluie qui découle du fonds supérieur, et le propriétaire ne peut, par aucune construction, empêcher l'écoulement naturel de ces eaux. D'un autre côté, le propriétaire du fonds supérieur ne peut, en disposant autrement les lieux, faire découler l'eau en plus grande quantité, ni lui donner un autre cours; le propriétaire inférieur aurait contre lui l'action *aquæ pluviæ arcendæ* [2]. De la même manière on ne peut, même sur sa propriété, au bord d'un fleuve public, rien entreprendre qui change le cours de l'eau au détriment du voisin, et qui le prive de l'usage de l'eau du fleuve [3].

5. Quant aux arbres et autres plantations, le droit romain exige qu'ils soient toujours placés à quelque distance de la limite du fonds voisin. S'ils portent leurs racines dans le fonds du voisin, et occasionnent du dommage à ses bâtiments, ils doivent, autant que de besoin, être coupés [4]. Si les branches d'un arbre s'étendent au-dessus du bâtiment du voisin et lui deviennent nuisibles, il a le droit d'exiger que le propriétaire abatte l'arbre; en cas de refus, il peut le couper lui-même, en conserver le bois, et invoquer en outre l'interdit *de arboribus cædendis*. Mais si les branches ne s'étendent qu'au-dessus du fonds du voisin, celui-ci peut seulement exiger que les branches soient coupées jusqu'à 15 pieds de terre (*sublucatio arborum*); en cas de refus, il peut les abattre lui-même, en conserver le bois et invoquer également l'interdit *de arboribus cædendis* [5].

6. Le propriétaire sur le fonds duquel des fruits tombent des arbres du voisin, doit signifier à celui-ci tous les trois jours (*tertio quoque die*) de les faire enlever, faute de quoi il a contre le propriétaire l'interdit *de glande legenda* [6].

§ 301. III. *Des droits des copropriétaires.*

Lorsque plusieurs personnes sont copropriétaires d'une chose (§ 275), chacune d'elles a droit aux fruits qui en proviennent, en proportion de sa part à la propriété de la chose, et chacune peut aussi l'employer à l'usage auquel elle est destinée. Mais aucun des copropriétaires ne peut, sans le consentement de tous les autres, disposer ni de la chose en entier, ni d'une part corporelle déterminée [7], excepté dans le cas où une semblable disposition serait nécessaire à la conservation de la chose [8], ou ne porterait pas le moindre préjudice aux autres [9]. Chacun des copropriétaires est libre d'aliéner sa part intellectuelle à la chose, de la manière qui lui convient et à qui que ce soit [10]; il a également le droit de demander, en tout temps, le partage réel de la chose. L'action que le droit romain lui accorde, à cet effet, s'appelle *communi dividundo* [11].

§ 302. IV. *Des actions.*

A. *De la* rei vindicatio.

Le propriétaire est en droit de poursuivre, en justice, sa propriété à la chose, contre quiconque la détient. L'action qui lui com-

[1] Const. 14, § 1, C. III, 34. Cette loi doit s'entendre également des moulins à vent, lorsque, par la nouvelle construction, on prive aussi le moulin de son vent.

[2] Fr. 1, § 1, 2, 18, 22, 23, D. XXXIX, 3.

[3] Fr. 1, § 1-7, D. XLIII, 13. — fr. 3, § 1, D. XLIII, 20. — fr. 1, § 11, D. XLIII, 21. — fr. 1, § 4 in fine, D. XXXIX, 3. — fr. 17, in fine, D. VIII, 3. — Const. 2, C. III, 35. — Const. 4, 7, C. III, 34. Il en est autrement des eaux privées et des ruisseaux. — Sur le droit des eaux en général, aussi bien *jure dominii* que *jure servitutis*, *v.* : Chr. Gotll. Biener, *Interpr. et respons.* cap. 24. Lips. 1825 et ses *Opusc.* Ed. Fr. Aug. Biener. Vol. II, n° 102. — Car. Fr. Günther, *De jure aquarum.* Spec. I IV. Lips 1829. Spec. V. Lips. 1830. — H. C. Huffmann, *Quels fleuves sont publics, quels ne le sont pas?* dans ses *Vers. in Bearbeitung des röm. Rechts.* 2e cah. p. 1-70. — C. A. Weiske, *Quæst. jur. civ.* (Zwickav. 1831), p. 49.

[4] Fr. 13, D. X, 1. — fr. 6, § 2, D. XLVII, 7. — Const. 1, C. VIII, 1.

[5] Dig. XVIII, 27. — Paul, *Sent. rec.* V, 6, 13. — P. C. G. Andreas, *Diss. ad tit. Dig. de arboribus cædendis.* Jenæ, 1818. — Il y a au contraire beaucoup d'auteurs qui pensent que le propriétaire de l'arbre est obligé de faire couper entièrement les branches qui s'étendent sur le fonds du voisin, lorsque celui-ci l'exige, et que le reste de l'arbre qui excède la hauteur de 15 pieds de terre, doit être coupé; de cette manière la partie de l'arbre haute de 15 pieds peut seule rester debout (*ut quindecim pedes altius a terra rami arboris circumcidantur*). *V.* Ad. Kirsten. *De coërcitione arborum in fundum vicinalem propendentium.* Gœtt. 1820. — Joa. Jac. Lang, *Ad. L.* 1, § 7-9, *D. de arbor. cædendis.* Heidelb. 1823. — H. C. A. Eichstadt, *Spicilegium observationum ad tit. Dig. de arboribus cædendis.* Jenæ, 1825.

[6] Dig. XLIII. 28.

[7] Fr. 28, D. X, 3. La pluralité des voix ne décide donc rien. Const. 1, 4, C. IV, 52.

[8] Fr. 52, § 10, D. XVII. 2. — Const. 4, C. VIII, 10.

[9] Par exemple : fr. 13, § 1, D. VIII, 2.

[10] Const. 3, C. IV, 52. Cpr. fr. 68, pr. D. XVII, 2. — fr. 28, D. X, 3.

[11] Dig. X, 3. — Code, III, 37 et 38. — § 3, J. III, 27 (28).

pète de ce chef s'appelle *rei vindicatio, action en revendication* [1].

1. Mais cette action n'appartient qu'au vrai propriétaire de la chose [2], et c'est aussi là la raison qui oblige le demandeur à apporter la preuve de sa propriété. S'il prétend avoir acquis la propriété de la chose par tradition, il doit encore prouver que celui qui la lui a faite en était propriétaire (§ 288) [3]. L'action en revendication n'est d'ailleurs accordée au vrai propriétaire que lorsqu'il n'est pas en possession de la chose [4].

2. Le défendeur est celui qui possède la chose et qui en conteste la propriété au demandeur, peu importe qu'il se trouve réellement en possession ou qu'en droit il soit regardé comme tel (*fictus possessor* § 249) [5]. Si le défendeur dénie faussement la possession de la chose et qu'on la lui prouve, il est tenu, à titre de peine, d'abandonner la possession en faveur du demandeur [6]. Mais celui qui ne possède qu'au nom d'un autre doit, lorsqu'il est actionné, nommer le vrai possesseur de la chose, afin que le demandeur puisse intenter son action contre lui : c'est ce qu'on appelle *nominatio auctoris s. laudatio domini*, et si le défendeur refuse de faire cette désignation, il est tenu lui-même comme *fictus possessor qui liti se obtulit* [7].

3. L'objet de l'action peut être une chose individuelle, une universalité de choses composée de mêmes espèces, mais non tout un patrimoine regardé comme tel, par exemple, un pécule ou une hérédité [8].

4. L'action a pour but de faire déclarer le demandeur propriétaire de la chose, et de condamner le défendeur à la restituer avec tout ce qui y appartient (*cum omni causa*) [9]. Quant aux fruits de la chose, le possesseur de mauvaise foi devra restituer tous ceux qu'il a perçus ou aurait pu percevoir jusqu'au moment de la litis-contestation ; et dès ce moment, il devra rendre compte de tous ceux que le demandeur aurait pu percevoir, s'il avait été en possession de la chose. Le possesseur de bonne foi, au contraire, ne doit restituer les fruits perçus avant la litis-contestation, qu'autant qu'il ne les a pas consommés ou prescrits (§ 298) ; et du moment où l'action a été intentée, il doit rendre compte ou indemniser de tous ceux qu'il a perçus ou qu'il aurait pu percevoir [10].

5. D'un autre côté, le demandeur a aussi certaines prestations à remplir envers le défendeur. En règle générale, il ne doit pas, il est vrai, lui bonifier le prix pour lequel il a acquis la chose [11] ; mais si, pendant sa possession, le défendeur a fait des impenses pour la chose [12], il faut en examiner la nature : si les impenses sont nécessaires (*impensæ necessariæ*), tout défendeur peut en exiger le remboursement, qu'il soit possesseur de bonne ou de mauvaise foi [13] ; si elles sont utiles (*impensæ utiles*), le possesseur de bonne foi peut en général en demander le remboursement, mais le possesseur de mauvaise foi n'a que le droit de retirer et de garder le gain qui en est provenu ; enfin, si les impenses sont voluptuaires (*impensæ voluptuariæ*), tout défendeur n'a que le droit de reprise, en tant qu'il n'endommage pas la chose principale, et lorsque le pro-

[1] § 1, J. IV, 6. — Dig. VI, 1. — Code, III, 32 et III, 19. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XX, c. 1-7. — Glück, *Comm.* 8e part. § 576-592. — Gesterding, *Vom Eigenthume*, § 41-50. — Schweppe, *Röm. Privatrecht*, t. II, § 267-273 a. — Puchta, *Von den Klagen*, § 69-74.

[2] Fr. 23, pr. D. VI, 1. Il importe peu qu'il ait la pleine ou la nue-propriété. fr. 23, pr. ibid.

[3] A cause des fr. 20, pr. D. XLI, 1 ; fr. 54, D. L, 17. — Doneau, *Comm.* XX, 2.

[4] § 2, in fine, J. IV, 6. — fr. 12, § 1. D. XLI, 2. — Cpr. Théophile, sur le § 2, *J. cit.* — Cujas, *Observ.* VII, 39. — Mauh. Saulieg, *De interpretatione verborum in fine*, § 2, *J. de actionibus* : sane uno casu, etc. Wirceb. 1788.

[5] Fr. 9, D. VI, 1. Cpr. fr. 27, pr. § 3 ; fr. 55, ibid. — fr. 131 ; fr. 157, § 1, D. L, 17. — § 1, J. IV, 6.

[6] Fr. 80, D. VI, 1. — La même peine est encourue, d'après la Nov. 18, ch. 10, lorsque le défendeur, sans dénier la détention ou la possession, soutient seulement que la chose n'appartient pas au tiers désigné par le demandeur, et que celui-ci prouve que la chose appartient à ce tiers.

[7] Const. 2, C. III, 19, comparée avec les fr. 25 ; fr. 7, pr. D. VI, 1.

[8] Fr. 1, pr. § 3 ; fr. 2 ; fr. 3, pr. § 1 ; fr. 56, D. VI, 1. — Des actes, par exemple un testament ou une reconnaissance écrite, peuvent aussi former l'objet d'une action en revendication. fr. 3, D. XXIX, 3.

[9] Fr. 17, § 1 ; fr. 20 ; fr. 23, § 2-4, D. VI, 1.

[10] Const. 22, C. III, 32. La raison en est que le possesseur de bonne foi est regardé, dès le moment où l'action est intentée, comme possesseur de mauvaise foi. fr. 25, § 7, D. V. 3. — fr. 17, § 1 ; fr. 33, D. VI, 1. — § 35, J. II, 1. — fr. 48, pr. D. XLI, 1. — fr. 25, § 1. D. XXII, 1. — fr. 4. § 19. D. XLI, 3.

[11] Const. 3, 23, C. III, 32. — Const. 2, C. VI, 2. Le défendeur doit prendre son recours contre son auteur. Const. 16, C. VIII, 45. — Const. 1. C. III, 19. Quant aux exceptions à cette règle, v. la const. 16, C. V, 71. — fr. 6, § 8, D. III, 5. — fr. 6, D. XLIX, 15.

[12] Les impenses faites pour les fruits ne sont restituées au possesseur qu'autant qu'il restitue les fruits. fr. 36, § 5, D. V, 3. — fr. 46, D. XXII, 1.

[13] Const. 5, C. III, 32. A l'exception du voleur, qui ne peut en demander le remboursement. fr. 13, D. XIII, 1. — Const. 1, C. VIII, 52.

priétaire vent le dédommager, il ne peut pas même exercer ce droit [1]. Dn reste, le défendenr n'a, ponr exercer ses reprises, qu'un droit de rétention et nullement une aetion [2].

§ 303. B. *De la* publiciana in rem actio.

Outre l'aetion en revendication établie par le droit civil, le droit prétorien accorde une autre action, introduite dans le but de poursuivre nne ehose acquise de bonne foi par tradition; cette action s'appelle *publicienne* (*publiciana in rem actio*), du nom du préteur qni, ponr la première fois, l'a insérée dans l'Edit [3].

1. Elle fnt d'abord introduite et accordée à celui qui, ayant acquis, par juste cause snivie de tradition, la possession propre à l'usucapion, avait perdu cette possession avant que l'usucapion ne fût aequise [4]. Néanmoins, le vrai propriétaire pent aussi l'invoqner, lorsqu'il ne peut apporter la preuve de sa propriété, et que la tradition conforme an droit est la base de sa possession. Il fant, pour que l'aetion puisse être intentée, que la ehose soit de natnre à pouvoir être acquise par usucapion [5].

2. L'action ne pent être dirigée que eontre le possesseur de la chose dont la possession n'est pas anssi bonne que celle du demandeur; par conséqnent, elle est refusée contre eelui qni la possède *ad usucapionem*, et, à plus forte raison, contre le vrai propriétaire [6].

3. Le but de l'aetion publicienne est de demander la restitution de la chose avec tout ce qui y appartieut (*cum omni causa*), et ses effets sont les mêmes qne ceux de la revendication [7].

§ 304. C. *De l'exception* rei venditæ et traditæ.

Une exception très-remarqnable, qn'en droit romain le défendeur peut opposer au demandeur qui revendique soit au moyen de l'action en revendication soit au moyen de l'aetion publicienne, est l'exception *rei venditæ et traditæ* [8].

1. Cette exception a pour base cette règle générale suivante : *quem de evictione tenet actio, eum agentem repellit exceptio*; c'est pour eette raison qn'elle se présente sous la forme d'une exeeption de dol [9].

2. Elle est accordée au défendeur dans tous les cas où il a reçu la cbose eu vertn d'nn acte obligatoire pour le demandenr [10].

3. Mais elle snppose tonjours un acte valable et obligatoire, car autrement le demandeur pourrait la reponsser par la *replica doli* [11].

4. Enfin, elle se transmet activement et passivement, non-senlement aux béritiers, maia aussi aux suceesseurs à titre partieulier de la personne pour laquelle et contre lsquelle elle était donnée dans le principe [12].

---

[1] Fr. 27, § 5; fr. 37, 38, D. Vt, 1. — fr. 38, D. V, 3. — fr. 9, D. XXV, 1. — Const. 5, C. tll, 32.

[2] Fr. 23, § 4; fr. 27, § 5; fr. 48, D. Vl. 1. — fr. 4, § 9; fr. 24, D. XLIV, 4. — fr. 14, § 1, D. X, 3. — fr. 33, D. Xit, 6.

[3] § 4, J. IV, 6. — Dig. VI, 2. — Doneau, *Comm. jur. cir.* Lib. XX. e. 8. — Glück, *Comm.* 8e part. § 593-599. — Schœman, *Handbuch des civilr.* t. II, p. 47. — Gesterding, *Vom Eigenthume*, § 51-57. — Jul. Fr. Schnaubert, *Diss. sistens observ. ad L.* 1, *pr.* D. *de publiciana in rem actione.* Jenæ, 1810. — G. C. Van Massnr, *De publiciana in rem actione*; in *Ann. Acad.* Lugd.-Bat. 1816. — J. F. Schollært, *De publiciana in rem actione.* Lovan. 1820. — J. Théophil. Eckenberg, *Diss. de publiciana actione.* Lips. 1821. — C. Jul. Guyet, *De publiciana in rem actione.* Heidelb. 1823. — Puchta, *Von den Klagen*, § 75.

[4] Gajus, IV, 36. — § 4, J. IV, 6. — fr. 1, pr. D. Vt, 2 : « Ait prætor : si quis id, quod traditur ex justa causa (,) non a dominn et nondum usucaptum petet, jndicium dabo. » Cpr. fr. 3, § 1; fr. 4; fr. 5; fr. 7, § 16, 17; fr. 13, pr. D. ibid.

[5] Fr. 9, § 5, D. VI, 2. « Hæc actio in his, quæ usucapi non possunt, pnta furtivis, vel in servo fugitivo, locum nnn habent. » Cpr. avec le fr. 12, § 2, D. ibid. « In vectigalibus et aliis prædiis quæ usucapi nnn possunt, publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. » Vinnius, *Select. quæst.* lib. I, c. 27.

[6] Fr. 16, 17, D. Vl, 2, et fr. 1, pr. D. ibid., si, avec le code florentin, nn ne place pas la virgule après *domino*, mais après *causa*.

[7] Fr. 7, § 8, D. Vl, 2.

[8] Dig. XXI, 3. — Glück, *Comm.* 2e part. § 1128. — T. C. F. Van Ertryck, *De exceptione rei venditæ.* Lovan. 1824. — Gr. G. Albert, *Observat. quædam de exceptione rei venditæ et traditæ.* A. Gœtt. 1824. — A. L. J. Michelsen, *Diss. de exceptione rei venditæ et traditæ.* Berol. et Heidelb. 1825.

[9] Fr. 17, D. XXI, 2. — Const. 11, C. VIII, 45.

[10] Par exemple, fr. 1, D. XXI, 3. — fr. 17, D. XXI, 2. — fr. 72, D. Vl, 1. — Const. 14, C. III, 32. — Const. 14, C. VIII, 45.

[11] Fr. 32, § 2, D. XVI, 1. — fr. 7, § 6 in fine, D. XLI, 4. — Const. 16, C. V, 71.

[12] Fr. 1, § 2; fr. 3, D. XXI, 3. — Const. 14, C. III, 32.

TITRE IV.

COMMENT SE PERD LA PROPRIÉTÉ.

§ 305. I. *Par la volonté du propriétaire.*

La propriété cesse par la volonté du propriétaire, lorsqu'il abandonne la chose, sans la transférer à un autre [1], ou lorsqu'il en transfère la propriété à une autre personne [2].

§ 306. II. *Contre la volonté du propriétaire.*

La propriété se perd contre la volonté du propriétaire, lorsque la chose périt ou lorsqu'elle cesse d'être dans le commerce [3]; lorsqu'une autre personne l'acquiert contre la volonté du propriétaire, par spécification, accession, adjudication ou usucapion; lorsque l'animal sauvage que l'on avait pris, recouvre sa liberté ou que l'animal apprivoisé perd l'habitude du retour [4]; lorsque l'ennemi a repris le butin qu'on avait fait sur lui [5]; mais la propriété ne s'éteint pas par la mort du propriétaire, elle se transmet seulement à ses héritiers.

CHAPITRE III.

DES SERVITUDES [6].

TITRE Ier.

NOTIONS ET PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LES SERVITUDES.

§ 307. I. *De la liberté de la propriété d'une chose.*

La liberté de la propriété d'une chose (*libertas rei*) consiste dans la jouissance, sans aucune restriction, de la propriété de cette chose et dans l'exercice de tous les droits que la nature légale de la propriété comporte. Cette liberté de la propriété d'une chose se manifeste, nous l'avons déjà vu (§ 299), de deux différentes manières :

1° En effet, d'un côté, le propriétaire peut *faire* tout ce que ses droits de propriétaire l'autorisent à faire, et, en général, sans devoir s'inquiéter du préjudice ou des inconvénients que d'autres pourraient en éprouver [7].

2° D'un autre côté, il ne doit *pas souffrir* qu'un autre se serve de sa chose ou en retire un avantage, quand même il ne lui porterait aucun préjudice [8].

Aussitôt que la liberté de la propriété d'une chose est restreinte, sous l'un ou sous l'autre

---

[1] § 47, J. II, 1. — fr. 2, § 1, D. XLI, 7. — fr. 17, § 1, D. XLI, 1.

[2] Fr. 31, pr. D. XLI, 1. — Const. 20, C. II, 3.

[3] Fr. 23, D. VII, 4. — fr. 1, § 5, 7, D. XLIII, 12.

[4] § 12, 15, J. II, 1. — fr. 4; fr. 5, § 5, D. XLI, 1. Cette règle ne s'applique pas aux animaux domestiques. fr. 5, § 6, D. ibid.

[5] § 17. J. II, 1. — fr. 5, § 1; fr. 19, pr.; fr. 30, D. XLIX, 15.

[6] SOURCES : Gajus II, 28-33. — Inst. II, 3-5. — Dig. VII et VIII. — Code, III, 33, 34.

BIBLIOGRAPHIE : Doneau, *Comm. jur. civ.* IX, 21, 22; X; XI. — Edm. Merillius, *Commentar. in tit. Dig. de servitutibus*; dans Otto. *Thes.* III, p. 613. — Janus Acosta, *Comm. prœl. ad : tit. Dig. de servitutib.* in Meermani *Thes.* I, p. 697. — Jo. d'Avezan, *Servitut. lib.* Aurel. 1650, et in Meerm. *Thes.* IV, p. 119. — Ern. Christ. Westphal, *De libertate et servitutibus prædiorum.* Lips. 1773. — K. S. Zachariæ, *Wissenschaftliche Entwicklung der Lehre des röm. Rechts von den dinglichen Servituten*; dans le *Mag. civ.* de Hugo, t. II, n° 15. — C. E. Münter, *Des servitudes*, 2 parties. Hanovre, 1806, 1810. — Glück. *Comm.* 9e et 10e parties, jusqu'au § 696. — Luden, *Die Lehre von den Servituten.* Gotha, 1837.

[7] Fr. 151, 155, § 1, D. L, 17. — fr. 24, § 12, D. XXIX, 1. — fr. 9, 14, D. VIII, 2.

[8] Fr. 13, § 7, D. XLVII, 10. — fr. 16, D. VIII, 3. — Const. 11, C. III, 34.

rapport, par un droit appartenant à une autre personne qu'au propriétaire, cette chose est dite *servir, res servit* [1].

§ 308. II. *De la servitude d'une chose.*

La liberté naturelle de la propriété d'une chose, restreinte par des droits particuliers détachés de la propriété et concédés à une autre personne, forme donc la *servitude de la chose* (*servitus rei*), dans le sens originaire du mot. Ces droits consistent en ce que le propriétaire de la chose est assujetti, en faveur de celui auquel ils sont accordés, à *ne pas faire* ou *souffrir* une chose qu'il serait en droit de faire ou qu'il ne devrait pas souffrir comme propriétaire. D'un autre côté, on nomme également *servitudes* (*servitutes*) les droits fondés par la servitude d'une chose, et c'est là l'acception ordinaire du mot [2].

§ 309. III. *Principes généraux sur les servitudes.*

Les principes généraux suivants découlent de la notion de servitude en général :

1. La servitude, qui est un droit détaché de la propriété de la chose elle-même, ne peut exister que sur la *chose corporelle d'autrui;* de là les règles du droit romain : *res sua nemini servit* [3], c'est-à-dire que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose ; et *servitus servitutis esse non potest* [4], c'est-à-dire que la servitude devant s'exercer sur une chose *corporelle* ne peut avoir pour objet une autre servitude qui est une chose *incorporelle*.

2. La servitude consiste, dans le chef du propriétaire, à *ne pas faire* (*in non faciendo;* aujourd'hui *servitus negativa*), ou à *souffrir* quelque chose (*in patiendo*, aujourd'hui *servitus affirmativa*) ; elle ne peut jamais consister dans *un fait* (*in faciendo*) que le propriétaire devrait prester envers celui à qui la servitude est due. Le propriétaire d'une chose peut, il est vrai, s'obliger à un fait relativement à cette chose, à l'avantage de son voisin, mais par là il ne donnerait lieu à aucun droit sur la chose, et seulement à un rapport d'obligation [5].

3. La servitude doit procurer un avantage à la chose ou à la personne qui y a droit [6].

4. Elle donne naissance à un droit réel sur la chose qui sert, et peut être exercée contre tout possesseur de cette chose [7].

5. Dans le doute, une chose n'est jamais présumée grevée d'une servitude [8] ; sa constitution doit toujours être strictement interprétée, et l'exercice doit en être fait de la manière prescrite et en général la moins onéreuse pour le propriétaire [9].

6. Celui-là seul qui est réellement propriétaire de la chose ou qui en a le domaine utile, comme l'emphytéote et le superficiaire, peut la grever d'une servitude [10].

TITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SERVITUDES.

§ 310. *Division des servitudes en général.*

Par rapport au sujet à l'avantage duquel elles sont établies, les servitudes se divisent :

1. En *servitudes personnelles*, *servitutes personarum s. nominum* ou *servitutes personales* [11], constituées à l'avantage d'une personne déterminée par la mort de laquelle elles s'éteignent [12].

---

[1] Fr. 5, § 9, D. XXXIX, 1 : « —cum quis jus suum diminuit, alterius auxit, hoc est si servitutem ædibus suis imposuit. » — Une chose libre de toute servitude s'appelle *res optima maxima*. fr. 90, 169, D. L, 16. — Cic. *De leg. agrar*. III, 2.

[2] § 3, J. II, 2. — Inst. II, 3. Sur l'idée que le droit romain attache en général à *servitus* et *jus in re aliena*, v. Savigny, *Besitz*, p. 97 de la trad.

[3] Fr. 5, pr. D. VII, 6. — fr. 24, D. VIII, 2. — fr. 78, pr. D. XXIII, 3. — Mais l'un des copropriétaires peut avoir une servitude sur la chose commune. fr. 10, D. VII, 9. — fr. 8; fr. 27, pr.; fr. 40, D. VIII, 2.

[4] Fr. 1, D. XXXIII, 2. — fr. 33, § 1, D. VIII, 3.

[5] Fr. 15, § 1, D. VIII, 1 : « Servitutum non ea natura est, *ut aliquid faciat quis* (veluti viridaria tollat, aut amœniorem prospectum præstet, aut in hoc ut in suo pingat) : *sed ut aliquid patiatur, aut non faciat.* » — fr. 6, § 2, D. VIII, 5. — fr. 81. § 1, D. XVIII, 1.

[6] Fr. 15, pr. D. VIII, 1. — Le fr. 19, D. ibidem n'est pas contraire.

[7] Fr. 20, § 1, D. XLI, 1. — fr. 5, § 9, D. XXXIX, 1.

[8] Fr. 13, § 1, D. VIII, 4. — Const. 9, C. III, 34.

[9] Fr. 20, § 5, D. VIII. 2. — fr. 4, § 1, 2; fr. 5, § 1, D. VIII, 1. — fr 24 ; fr. 33, § 1, D. VIII, 3.

[10] Fr. 2, D. VIII, 1. — fr. 1, pr. D. VII, 4. — fr. 1, § 9, D. XLIII, 18. *V*. les §§ 323 et 324.

[11] Fr. 1, § 15, D. III, 1. — fr. 8, § 3, D. XXXIV, 3.

[12] § 3, J. II, 4. — pr. J. II, 5. — fr. 3, § 3, D. VII, 4.

2. En *servitudes d'héritages* ou *réelles, jura s. servitutes prædiorum s. rerum* [1], ou simplement *servitutes* [2], constituées pour l'avantage d'un fonds qui est alors considéré comme le sujet auquel la servitude appartient, et tout possesseur du fonds peut les exercer.

§ 311. I. *Des servitudes personnelles.*

Les servitudes personnelles ont toutes ce caractère commun, qu'elles sont des droits essentiellement personnels, que par là elles ne peuvent être séparées de la personne à laquelle elles ont été concédées [3], et s'éteignent par sa mort [4], si elles n'ont été expressément concédées pour elle et pour ses héritiers [5]. Le droit romain range parmi les servitudes personnelles : l'*usufruit* (*ususfructus*) et l'*usage* d'une chose d'autrui (*usus*); le *droit d'habitation* (*habitatio*) dans la maison d'autrui, le *travail de l'esclave et de l'animal d'autrui* (*operæ servorum et animalium*).

§ 312. A. *De l'usufruit.*

1. *Notion de l'usufruit.*

L'usufruit (*ususfructus*) [6] est un droit réel sur une chose dont un autre a la propriété, et par lequel nous avons le droit de percevoir tous les fruits de la chose et en général de nous en servir et de l'user, mais à charge d'en conserver la substance [7]. Il faut donc se garder de confondre l'usufruit qui est le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui (*re aliena*), avec le droit de jouissance du propriétaire; en effet, l'usage et la jouissance ne sont un droit spécial que pour ceux à qui la chose n'appartient pas; car autrement ces droits se confondraient avec la propriété même et n'en seraient que la conséquence (*nulli enim sua res servit*) [8].

Celui auquel le droit d'usufruit appartient, s'appelle *fructuarius* ou *usufructuarius, usufruitier;* le propriétaire de la chose qui n'en conserve que la nue-propriété (§ 273) [9], se nomme *proprietarius s. dominus proprietatis*, et la chose elle-même, *res fructuaria.*

§ 313. 2. *De l'objet de l'usufruit.*

L'usufruit qui ne donne aucun droit de disposer de la substance de la chose et par conséquent de la consommer, ne peut avoir pour objet qu'une chose corporelle, qui ne se consomme pas par l'usage et qui, d'ailleurs, peut être meuble ou immeuble [10]. Il en était aussi de même dans l'ancien droit romain, mais plus tard on admit, par analogie, un usufruit de choses qui se consomment par l'usage, et de là est venue la distinction entre le *véritable usufruit* (*verus ususfructus*) et le *quasi-usufruit* (*quasi-ususfructus*) [11]. Enfin, l'idée d'usufruit fut étendue à l'usage de tout un patrimoine ou d'une portion de patrimoine (*ususfructus omnium s. partis bonorum*). Dans ce cas, on l'exerce, déduction faite des dettes, sur toutes les parties individuelles du patrimoine, et il doit être considéré comme véritable usufruit, quant aux choses corporelles et qui ne se consomment pas, et comme quasi-usufruit, quant à tous les autres éléments du patrimoine [12].

§ 314. 3. *Des droits et des obligations de l'usufruitier.*

A. Les droits du véritable usufruitier sont les suivants :

1. Il peut employer la chose à l'usage et en retirer la jouissance auxquels elle est destinée par sa forme, à charge d'en conserver la substance, et sans être obligé de restreindre cet usage et cette jouissance à ses besoins personnels [13]. Il a conséquemment le droit de percevoir tous les fruits pendants [14] au commence-

[1] § 3, J. II, 3. — fr. 1, § 1, D. VIII, 4. — fr. 1, D. VIII, 1.

[2] Par exemple, au Digeste, la rubrique : *de servitutibus*, VIII, 1, et en général dans tout ce titre, de même que partout où l'expression *servitus* se présente seule sans autre dénomination.

[3] § 3, J. II, 4. — fr. 66, D. XXIII, 3. — fr. 15, D. X, 2. — fr. 57, D. VIII, 3.

[4] § 3, J. II, 4. — pr. J. II, 5. — fr. 3, § 3, D. VII, 4. — Const. 3, pr.; const. 12, pr.; const. 14, C. III, 33.

[5] Dans ce cas également, la servitude s'éteint avec la mort de celui à qui elle est concédée, mais elle revit dans la personne de son héritier. fr. 37, § 12, D. XLV, 1.

[6] Inst. II, 4. — Dig. VII, 1. — Code, III, 33. — Paul, III, 6, § 17-26. — *Fragm. vatic.* tit. *de usufructu.* — Ger. Noodt, *De usufructu;* dans ses *Opp.* t. 1. — Galvanus, *De usufructu.* Genev. 1676. Ed. nov. Tubing. 1788. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. X.

[7] Pr. J. II, 4. — fr. 1, D. VII, 1.

[8] Fr. 5, pr. D. VII, 6. — fr. 78, pr. D. XXIII, 3.

[9] § 1, J. II, 4.

[10] Pr. § 1, J. II, 4. — fr. 2, D. VII, 1.

[11] § 2, J. II, 4. — Dig. VII, 5. — *V.* à cet égard, plus loin, le § 315.

[12] Fr. 24, pr.; fr. 37; fr. 43, D. XXXIII, 2. — fr. 39, § 1, D. L, 16. — Const. 1, C. III, 33.

[13] Le droit romain contient, sur ce point, un grand nombre de dispositions particulières. *V.* par exemple : § 37, J. II, 1. — fr. 9, § 7; fr. 10; fr. 12, pr.; fr. 13, § 5; fr. 18, D. VII, 1.

[14] Fr. 27, pr. D. VII, 1.

ment de l'usufruit, et tous ceux qui naissent pendant sa durée [1] ; mais il n'en acquiert la propriété qu'après les avoir perçus, et par conséquent tous ceux qui, à la fin de l'usufruit, ne sont pas encore perçus, n'appartiennent pas à ses héritiers ; ils sont acquis au propriétaire de la chose [2].

2. Il exerce toutes les servitudes qui appartiennent à la chose [3].

3. Il peut céder l'exercice de l'usufruit à un autre, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit [4], mais le droit d'usufruit lui-même est inséparable de sa personne : il peut le rendre au propriétaire, mais jamais le transférer à un tiers [5].

B. Les obligations de l'usufruitier sont :

1. Il supporte toutes les charges et tous les impôts qui pèsent sur la chose [6].

2. Il doit se servir de la chose en bon père de famille et la conserver en bon état, car il est obligé envers le propriétaire de réparer tout le dommage causé [7]. Il peut, en abandonnant l'usufruit, se libérer des impôts, des frais de réparation et de conservation [8].

3. Il doit rendre, à la fin de l'usufruit, la chose elle-même au propriétaire.

4. Enfin, il est tenu de constituer au propriétaire, au commencement de son usufruit, une caution ou un gage (aujourd'hui : *cautio usufructuaria*) [9]. Avant la constitution de la caution, le nu-propriétaire n'est pas obligé de donner à l'usufruitier la possession de la chose, et s'il l'avait déjà mis en possession, il peut l'actionner en constitution de caution [10].

§ 315. 4. *Des droits et des obligations du quasi-usufruitier.*

Le quasi-usufruit, qui comprend en particulier l'*ususfructus quantitatis*, rend à proprement parler l'usufruitier propriétaire de la chose, en lui donnant le droit de la consommer ; le droit d'user équivaut donc ici au droit de disposer. Mais à la fin de l'usufruit, il est tenu de restituer une même quantité que celle qu'il a reçue, ou des choses de même espèce et qualité ou leur valeur, et de donner caution pour en assurer la restitution [11]. Quant à l'usufruit d'*habillements*, il doit, dans le doute, être considéré comme un véritable usufruit, s'il n'a été expressément constitué comme un usufruit de quantité [12]. L'usufruit d'une somme d'argent ou d'une créance (*ususfructus pecuniæ s. nominis*) est tantôt un véritable usufruit, tantôt un quasi-usufruit, selon les termes de sa constitution [13].

§ 316. B. *De l'usage.*

Le *droit d'usage* (*usus*) [14] est une servitude personnelle qui nous donne le droit de faire

---

[1] Fr. 59, § 1, ibid. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1.

[2] § 36, J. II, 1. — fr. 13. D. VII, 4. — fr. 12. § 5, D. VII, 1. — fr. 25, § 1, D. XXII, 1. — fr. 8, D. XXXIII, 1. — *V.* le § 160, note 8, et surtout le § 298 ; pour les *fruits civils*, *v.* le fr. 58, pr. D. VII, 1.

[3] Fr. 1, pr. ; fr. 5, § 1, D. VII, 6 comparé avec le fr. 1, § 20 ; fr. 2, D. XXXIX, 1. — fr. 1, § 4, D. XLIII, 25.

[4] Fr. 12, § 2, D. ibid, comparé avec les fr. 38, 39, 67, D. ibid. — Const. 13, C. III, 38. L'usufruit peut aussi être hypothéqué. fr. 11, § 2, D. XX, 1.

[5] Paul, *Sent. rec.* III, 6, 32. — Gajus, II. 30. — § 3, J. II, 4. — Theoph. sur ce §, et la glose de Turin sur ce passage (dans Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen âge*, t. III, p. 681). D'après Gajus et les Institutes, la cession de l'usufruit faite à ce tiers est un acte nul et sans effet, et qui d'ailleurs, comme on le voit par Gajus, n'a pour le cédant aucune conséquence fâcheuse (*jus suum retinet*). Le fr. 66, D. XXIII, 3, n'y est pas contraire, quoiqu'il dise : *sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum* ; car ces expressions ne sont pas générales, elles ne s'entendent que du cas particulier dont parle le passage des Pandectes. — L. H. Siertsema, *De effectu cessionis ususfructus factæ extraneo*. Grœning. 1807. — Glück, *Comm.* 9e part. p. 225 et suiv.

[6] Fr. 10, D. L, 17. — fr. 7, § 2 ; fr. 27, § 3 ; fr. 52, D. VII, 1.

[7] Fr. 1, § 3, 7 ; fr. 2, D. VII, 9. — fr. 9, pr. ; fr. 13, § 2 ; fr. 15, § 3 ; fr. 65, pr. ; fr. 60, D. VII, 1. — § 38, J. II, 1. Il n'est nullement tenu de leur détérioration, s'il en a fait un bon usage. fr. 9, § 3, D. VII, 9. — G. Gastendyk, *Diss. de juribus et obligationibus usufructuarii, circa refectionem ædificiorum*. Gœtt. 1792.

[8] Fr. 48, pr. ; fr. 64 ; fr. 65, pr. D. VII, 1. — J. Ed. von der Becke, *Observ. de jur. et oblig. usufructuarii usumfructum derelinquentis ad* LL. 64 et 65, pr. D. de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur. Lips. 1825.

[9] D. VII, 9. — L'obligation de fournir caution a aussi été étendue au droit d'usage. — Le propriétaire peut dispenser de la caution, mais il en est autrement du testateur qui laisse un usufruit à quelqu'un. Const. I, C. III, 33. — Const. 7, C. VI, 54. — Cpr. fr. 10, D. VII, 5. — Hofstede, *De cautione usufructuaria a testatore non remittenda*. Grœning. 1804.

[10] Fr. 13, pr. D. VII, 1. — fr. 7, pr. D. VII, 9.

[11] Fr. 7, D. VII, 5. Cpr. § 2, J. II, 4. — fr. 5, § 1, D. VII, 5.

[12] Fr. 15, § 4, D. VII, 1. — § 2, J. II, 4 et la glose sur ce §. — fr. 9, § 3, D. VII. 9. — Doneau, lib. X, c. 4. — Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* § 289. Il y a beaucoup d'auteurs qui sont d'une opinion précisément opposée, par exemple : A. F. Schoot, *De usufr. vestimentorum* ; in *Opusc. jur.* Lips. 1770, p. 164. — Thibaut, *System*, § 610. — Wilhelm, *De usufr. vestimentorum*. Grœn. 1801. — Glück, *Comm.* t. IX, § 643, 644.

[13] Fr. 3, 4, D. VII, 5. — Const. 1, C. III, 33.

[14] Inst. II, 5. — Dig. VII, 8. — XXXIII, 2.

de la chose d'autrui tout l'usage que sa nature et sa destination permettent de faire, et sans égard à nos besoins et à ceux de notre famille. L'usage ne donne donc par lui-même aucun droit aux *fruits*, mais seulement celui d'*user* de la chose. Toutefois, si l'usage est de nature à ne pouvoir être exercé soit en tout, soit en partie sans la jouissance des fruits, l'usager a droit à une partie des fruits en proportion de ses besoins [1]. Du reste, il ne peut céder à un autre, du moins en tout et exclusivement, l'exercice de son droit [2].

§ 317. C. *De l'habitation.*

Le *droit d'habitation* (*habitatio*) [3], ou le droit de demeurer gratuitement dans la maison d'autrui, était, chez les Romains, à peu près la même chose qu'*ususfructus* ou *usus ædium* [4]; mais il paraît qu'on ne se servait de l'expression *habitatio* ou *usus ædium habitandi causa* que pour une habitation donnée par aumône à un nécessiteux [5].

C'est cette raison qui autorisait l'habitant à céder à un autre non gratuitement, mais contre un dédommagement, l'exercice de son droit [6], et que le droit d'habitation, à la différence de l'usufruit et de l'usage, ne se perdait pas par la diminution de tête [7]. Ce droit avait encore cela de particulier que, dans le cas où il avait été concédé par donation entre vifs, il pouvait être révoqué par les héritiers du donateur [8].

§ 318. D. *Du travail d'esclaves.*

Le travail des esclaves et des animaux d'autrui (*operæ servorum et animalium*) consistait, chez les Romains, dans le droit d'en retirer tout l'usage auquel on pouvait les employer, d'après leur qualité ou leur destination particulière [9]. Ce droit, de même que le droit d'habitation, ne se perdait pas par la diminution de tête. Le legs d'ouvrages (*legatum operarum*) différait également des legs d'autres servitudes personnelles, en ce qu'il se transmettait aux héritiers du légataire à l'arrivée du jour où le droit au legs était acquis (*dies legati cedit*). Mais pour que cette transmission eût lieu, il fallait que le légataire n'eût pas encore joui lui-même, ou qu'un tiers n'eût pas encore usucapé l'esclave ou l'animal [10].

§ 319. II. *Des servitudes prædiales ou réelles* [11].

A. *Notion.*

Une *servitude réelle* est un droit constitué en faveur d'un héritage sur un autre héritage, et qui peut être exercé par tout possesseur du premier contre tout possesseur du fonds servant [12]. L'existence d'une servitude réelle suppose donc nécessairement celle de deux héritages (*prædia*) appartenant à des propriétaires différents [13], dont l'un est grevé de la servitude (*quod servitutem debet, prædium serviens s. fundus servus*) [14], constituée au profit de l'autre (*cui servitus debetur;* aujourd'hui appelé *prædium dominans*) [15]. Les deux héritages, sans être contigus, doivent cependant être voisins, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas être trop éloignés l'un de l'autre, et leur situation naturelle doit être telle, qu'elle rende l'exercice de la servitude possible [16].

---

[1] Les passages suivants serviront à expliquer la notion du droit d'usage : fr. 2, pr. D. VII, 8. « Cui usus relictus est, *uti potest, frui non potest.* Et de singulis videndum. » Suit une série d'exemples, qui indiquent quel droit l'usager a, s'il a l'usage d'une maison, d'une campagne, de bœufs, de chevaux, de brebis, etc.; par exemple : fr. 12, § 2, D. ibid : « Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis : ad stercorandum usurum duntaxat, Labeo ait : sed neque lana, neque agnis, neque lacte usurum : *hæc enim magis in fructu esse.* Hoc amplius etiam modico lacte usurum puto : neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum. § 3. Sed si boum armenti usus relinquatur, omnem usum habebit, et ad arandum et ad cætera, ad quæ boves apti sunt. » Souvent l'usage donnait autant de droits que l'usufruit; par exemple : fr. 22, pr. D. ibid.

[2] § I, J. II, 5. Cpr. fr. 2, § 1; fr. 3; fr. 4; fr. 8, pr. D. VII, 8.

[3] Inst. II, 5. — Dig. VII, 8. — Code, III, 33.

[4] Fr. 10, pr. D. VII, 8.

[5] Hugo, *Hist. du droit*, p. 508, est d'une opinion contraire.

[6] § 5, J. II, 5. — Const. 13, C. III, 33. — fr. 10, D. VII, 8.

[7] Fr. 10, D. IV, 5, comparé avec le § 3, J. II, 4, et le pr. J. II, 5.

[8] Fr. 27, 32, D. XXXIX, 5.

[9] Dig. VII, 7 et XXXIII, 2. — fr. 6, pr. D. VII, 7.

[10] Fr. 2, D. VII, 7. — fr. 2, D. XXXIII, 2.

[11] Inst. II, 3. — Dig. VIII, 1-6. — Code, III, 34. — Cujas, *Recit. ad Dig.* lib. VIII, tit. 1-6 (*Opera*, t. VII). — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XI, cap. 1-8, 13, 14. — J. C. Van Alderwerell, *De servitutibus realibus.* Lugd.-Bat. 1809. — H. C. Stever, *De serv. prædiorum*, pars prior. Rostoch. 1817.

[12] Fr. 12, D. VIII, 4. — Const. 3, C. III, 34.

[13] Fr. I, § I, D. VIII, 4. — § 3, J. II, 3. — fr. 14, § 3, D. XXXIV, 1. — fr. 5, D. VIII, 3.

[14] Fr. 9, D. VIII, I. — fr. 14, D. VIII, 2. — fr. 23, § 2, D. VIII, 3. — fr. 20, § 1. D. XLI, 1.

[15] Fr. 23, § 2, 3, D. VIII, 3. — Fr. 5, § 9 in fine, D. XXXIX, 1.

[16] Fr. 5, § 1; fr. 7, § 1, D. VIII, 3. — fr. 38, D. VIII, 2. — fr. 7, § I, D. VIII, 4. — fr. 5, D. VIII, 5.

§ 320. B. *Principes généraux sur les servitudes réelles.*

Les servitudes réelles reposent sur les principes généraux suivants :

1. La servitude doit être de nature à procurer un avantage au fonds dominant lui-même, de manière à en augmenter la valeur ou tout au moins l'agrément [1].

De ce principe dérivent deux conséquences :

a) Il importe peu qu'une servitude prædiale procure un intérêt *personnel* à celui qui se la fait constituer [2];

b) Un droit qui n'est accordé à une personne que pour son agrément ou son utilité personnelle, ne constitue pas une servitude réelle ; tel est le droit qu'une personne aurait acquis de profiter du jardin d'autrui pour s'y promener, ou même pour y cueillir un fruit [3].

2. La cause de la servitude doit être perpétuelle (*causa perpetua*), c'est-à-dire la position naturelle de l'héritage servant doit constamment être telle, qu'il procure au fonds dominant l'avantage que la servitude a établi en sa faveur, sans que le propriétaire du fonds servant soit obligé à prester aucun fait [4].

3. La servitude est considérée comme une appendance de l'héritage dominant ; elle ne peut donc être ni aliénée sans lui, ni hypothéquée, ni donnée à bail, ni transmise à un autre fonds [5].

4. Les servitudes réelles sont indivisibles ; on ne peut donc ni les acquérir, ni les exercer, ni les perdre pour partie seulement ; si plusieurs personnes sont propriétaires de l'héritage auquel la servitude est due, chacun a le droit de l'exercer en entier [6].

5. La servitude réelle constituée purement et simplement s'exerce, en règle générale, sur tout le fonds servant [7] ; son exercice doit cependant se restreindre aux besoins du fonds dominant [8]. On peut toutefois, par une convention particulière, limiter le temps et le lieu, de même que le mode d'exercice de la servitude ; le moment où elle commence et celui où elle cessera peuvent également être subordonnés à une condition [9].

6. Tout possesseur du fonds dominant peut, en général, en exercer les servitudes réelles, excepté lorsqu'elles n'ont été concédées qu'au premier acquéreur du fonds expressément pour sa personne ; mais, par cela seul, elles ne cessent pas d'être des servitudes réelles et de ne pouvoir être exercées que d'après les besoins du fonds dominant [10].

7. Celui qui a le droit d'exercer une servitude peut aussi faire tous les actes sans lesquels l'exercice de son droit deviendrait impossible [11] ; il ne peut cependant exiger que le propriétaire du fonds servant l'améliore, car les réparations nécessaires à l'exercice de la servitude sont à charge du propriétaire du fonds dominant [12] ; le contraire a lieu, par exception, dans la servitude *oneris ferendi*, où le propriétaire du pilier ou du mur de soulèvement est tenu de l'entretenir [13].

8. Toutes les servitudes réelles appartiennent au fonds dominant lui-même, et non uniquement à sa superficie, c'est-à-dire à ce qui se trouve au-dessus du fonds, quand même elles ne serviraient qu'à l'avantage de la superficie. De même, le fonds servant et non sa superficie seule, est grevé de la servitude [14].

§ 321. C. *Des espèces de servitudes réelles.*

Il y a deux espèces de servitudes réelles : les servitudes d'*héritages urbains* (*servitutes*

[1] Fr. 15, pr. D. VIII, 1. — fr. 3, pr. D. XLIII, 20. — fr. 86, D. L, 16.

[2] Fr. 19, D. VIII, 1. « Ei fundo, quem quis vendat, servitutem imponi, etsi non utilis sit, posse existimo : veluti, si aquam alicui ducere non expediret, nihilominus constitui ea servitus possit : quædam enim habere possumus, quamvis ea *nobis* utilia non sunt. » — Th. H. F. Gædke, *Diss. an et quo sensu servitus non utilis fundo imponi possit? ad L. L.* 15 et 19, *D. de serv.* Rostoch. 1826, donne une autre explication de ce passage.

[3] Fr. 8, pr. D. VIII, 1. « Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari, et ut cœnare in alieno possimus servitus (sc. prædii) imponi non potest. »

[4] Fr. 28, D. VIII, 2. — fr. 23, § 1, D. VIII, 3. — fr. 2, D. VIII, 4. — fr. 1, § 4, D. XLIII, 22. — Heineccius, *Diss. de causa servitutum perpetua* ; dans ses *Opera*, t. III, p. 177. — Cpr. aussi le fr. 3, D. VIII, 3.

[5] Fr. 16, D. VIII, 1. — fr. 44, D. XIX, 2. — fr. 33, § 1, D. VIII, 3. — fr. 11, § 3; fr. 12, D. XX, 1. — Cpr. plus loin, le § 339.

[6] Fr. 11, 17, D. VIII, 1. — fr. 18; fr. 32, D. VIII, 3. — fr. 6, pr. D. VIII, 6. — fr. 5, D. VII, 1. — Sur les conséquences et les restrictions de cette règle, v. les fr. 23, § 3 ; fr. 25, D. VIII, 3. — fr. 140, § 2, D. XLV, 1.

[7] Fr. 21, D. VIII, 3. — fr. 9, D. VIII, 1.

[8] Fr. 5, § 1 in fine, D. VIII, 3. — fr. 9, D. VIII, 1.

[9] Fr. 4, pr. § 1, 2; fr. 6, D. VIII, 1. — fr. 13, § 1, D. VIII, 3.

[10] Fr. 4 ; fr. 6, pr. ; fr. 37, D. VIII, 3. — fr. 14, § 3, D. XXXIV, 1.

[11] Fr. 10, D. VIII, 1. — fr. 20, § 1, D. VIII, 2. — fr. 3, § 3, D. VIII, 3.

[12] Fr. 6, § 2, D. VIII, 5. — Arg. fr. 15, § 1, D. VIII, 1. — fr. 81, § 1, D. XVIII, 1. — J. T. Richter, *Diss. de dominio serviente ad prædii servientis refectionem obligato.* Lips. 1733.

[13] Fr. 6, § 2; fr. 8, pr. § 2, D. VIII, 5. — fr. 33, D. VIII, 2.

[14] Fr. 13, pr. D. VIII, 3. — fr. 11, pr. D. VIII, 2.

s. jura prædiorum urbanorum), et les servitudes d'*héritages ruraux* (*servitutes s. jura prædiorum rusticorum*) [1].

Les héritages ruraux sont ceux qui produisent des fruits ; tous les autres sont des héritages urbains. Les bâtiments, écuries, murs, ateliers, magasins, greniers, sans distinguer s'ils sont situés en ville ou à la campagne, sont donc des héritages urbains [2]. Une servitude d'héritage urbain est par conséquent celle qui, en général, est établie comme droit d'un bien urbain ; une servitude d'héritage rural, au contraire, est celle qui est, en général, constituée en faveur d'un bien rural et qui a surtout pour but de favoriser l'agriculture et la propagation du bétail [3]. Il peut néanmoins arriver que des servitudes qui sont ordinairement urbaines, soient constituées en faveur d'un héritage rural, et que des servitudes qui d'ordinaire sont rurales, soient établies en faveur d'un héritage urbain [4].

Le nombre des servitudes réelles n'est d'ailleurs pas limité, et le droit romain se contente d'énumérer les conditions générales nécessaires à leur existence (§ 320). Les servitudes que l'on peut établir sous ces conditions sont aussi diverses que les droits, que l'on peut constituer sur un héritage en faveur d'un autre sont différents [5]. Les servitudes réelles que le droit romain énumère et dont nous parlerons aux §§ 322 et 323, ne sont donc à considérer que comme des exemples qui se présentent le plus souvent [6].

§ 322. I. *Des servitudes d'héritages urbains.*

Les principales servitudes d'héritages urbains sont, en droit romain, les suivantes :

1. La servitude *oneris ferendi*, ou le droit de faire reposer notre bâtiment sur le bâtiment, la muraille ou le pilier du voisin. Cette servitude se distingue particulièrement des autres, en ce que tout propriétaire du mur servant est tenu de l'entretenir et de le réparer de la manière convenue lors de l'établissement de la servitude ; et si ce point n'avait pas été fixé, il doit au moins l'entretenir dans l'état où il se trouvait au moment de la constitution de la servitude [7]. Il lui est néanmoins libre de se libérer de la réparation du mur servant en l'abandonnant, et dans tous les cas, l'étagement du bâtiment pendant la réparation du mur sur lequel il s'appuie, est à la charge de celui qui profite de la servitude [8].

2. La servitude *tigni immittendi*, ou le droit de placer des poutres dans le mur du voisin, pour construire, par exemple, une allée couverte (*porticus ambulatoria*) ou pour donner plus de solidité à notre bâtiment [9]. Les poutres hors d'état de servir peuvent être remplacées par de nouvelles, mais seulement en même nombre que les premières [10].

3. La servitude *projiciendi*, ou le droit de bâtir à l'extérieur de notre édifice, par exemple d'élever contre notre maison, au-dessus de la propriété du voisin, une saillie, un balcon ou une galerie. La servitude *protegendi*, ou le droit de construire contre notre bâtiment un apentis qui s'étende sur la propriété du voisin, n'est qu'une espèce de la servitude *projiciendi* [11]. Ces deux servitudes reposent sur le principe que la propriété du sol emporte la propriété de l'air qui se trouve au-dessus du fonds.

4. La servitude *stillicidii s. fluminis recipiendi s. avertendi s. immittendi*. *Stillicidium* est l'eau qui tombe goutte à goutte du toit ; *flumen* est l'eau qui se rassemble dans la gouttière et découle par les conduits. Cette servitude consiste donc, ou dans le droit de détourner le cours des eaux de notre bâtiment sur le bâtiment ou le fonds du voisin [12], ou dans le droit de conduire l'eau de pluie du bâtiment du voisin sur le nôtre ou sur notre fonds pour le nettoyer et l'arroser [13]. Toute-

---

[1] § 3, J. II, 2. — fr. 1, D. VIII, 1.
[2] Fr. 198, D. L, 16. — § 1. J. II, 3. — fr. 1, pr. D. VIII. 4. — Cpr. aussi les fr. 3, 4, 7, D. XX, 2.
[3] Pr. § 1, J. II, 3. — *V.* surtout : Unterholzner, *Verjæhrungslehre*, t. II, § 191.
[4] Fr. 2, D. VIII, 2, comparé avec le fr. 2, § 1, D. VIII, 3. — fr. 11, § 1, D. VI, 2. — fr. 14, § 1, D. VIII, 1.
[5] Par exemple, fr. 3, § 1, 2, D. VIII, 3.
[6] Sur la division des servitudes en *continues* et en *discontinues*, *v.* plus loin, le § 328.
[7] Fr. 6, § 2, 5, 7; fr. 7, D. VIII, 5. — fr. 33, D. VIII, 2. On a cherché à expliquer de diverses manières cette particularité de la servitude *oneris ferendi*. — Glück, *Comment.* 10e partie, § 661. — Konopack, *De duobus fragmentis ad* servitutem oneris ferendi *spectantibus*. Jenæ, 1822.
[8] Fr. 6, § 2 in fine ; fr. 8, pr. D. VIII, 5.
[9] Fr. 8, § 1, 2, D. VIII, 5. — fr. 242, § 1, D. L, 16.
[10] Fr. 14. pr. D. VIII, 5, comparé avec le fr. 11, pr. in fine. D. VIII, 6.
[11] Fr. 2, D. VIII, 2. — fr. 242, § 1, D. L, 16. — fr. 29, § 1, D. IX, 2.
[12] § 1, J. II, 3. — fr. 2 ; fr. 17, § 3 ; fr. 20, § 3-6, D. VIII, 2. — fr. 8, pr. D. VIII, 6. — fr. 10, D. VIII, 5.
[13] Il y a beaucoup d'auteurs qui la regardent comme une servitude *stillicidii non recipiendi*. Vinnius, *Comment. ad* § 1, *J. II*, 3 *et ad* § 2, *J. IV*, 6. — Mais que l'on voie le fr. 28, D. VIII, 2.

fois, la libération d'une servitude de cette espèce était également considérée, chez les Romains, comme un droit semblable à celui d'une servitude, et s'appelait *jus stillicidii s. fluminis non recipiendi* [1].

5. La servitude *altius non tollendi*, qui consiste en ce que nous ne pouvons, pour l'utilité du bâtiment voisin, donner à notre édifice une plus grande hauteur qu'il n'a, ou du moins une hauteur au-dessus d'une mesure déterminée [2]. Celui qui, étant restreint dans ce droit, l'acquérait du voisin par la suite, avait le droit *altius tollendi* [3].

6. La servitude *luminum* et *ne luminibus officiatur*, ainsi que la servitude *de prospectu* et *ne prospectui officiatur*. On entend par *lumina* les fenêtres et les jours qui donnent de la lumière à notre bâtiment, ou en général la lumière que notre bâtiment possède ou dont il a besoin ; *prospectus* est la vue dont on jouit [4]. D'après cela, la servitude *luminum s. luminis excipiendi s. immittendi* ou *fenestræ aperiendæ* [5], est le droit de pouvoir ouvrir, dans un mur d'autrui ou dans un mur commun, des fenêtres et d'autres jours qui donnent de la lumière à notre bâtiment [6]; c'est aussi le droit d'ouvrir des jours, dans notre propre mur, sur la propriété du voisin, si des dispositions particulières de la loi ne nous le permettaient pas [7]. La servitude *ne luminibus officiatur* consiste en ce que le voisin ne peut, par des bâtiments, des plantations ou d'autres constructions, enlever la lumière à notre bâtiment. La constitution ou l'acquisition de la servitude déterminent d'ailleurs si notre bâtiment a droit à toute la lumière ou seulement à celle qui lui est nécessaire [8]. La servitude *de prospectu* ou *ne prospectui officiatur* (car il n'y a pas de différence entre elles), consiste dans le droit d'empêcher le voisin de nous enlever, par des constructions ou d'autres élévations, la vue que nous avons de notre maison ou de notre héritage [9]. La libération d'une servitude *ne luminibus aut prospectui officiatur* s'appelle à son tour *jus luminibus aut prospectui officiendi* [10].

7. La servitude *sterculinii*, ou le droit d'adosser à notre bâtiment, contre la maison ou

---

[1] C'est du moins ainsi que Théophile lui-même, sur le § 1, Inst. II, 3, présente la chose. Mais on ne peut méconnaître que cette explication ne soit contraire à la stricte notion de la servitude, considérée comme une restriction de la liberté naturelle de la propriété. C'est cette raison qui fait déjà dire à Schulting, dans sa *Jurispr. antejust. ad Gajum*, liv. II, tit. 1, note 29, en parlant du *jus stillicidii non recipiendi* : « *quod non sit nova servitus, sed res ad naturalem tantum redit libertatem.* » Mais il paraît que les Romains, lorsqu'il s'agissait des servitudes d'héritages urbains, regardaient comme une servitude, ou du moins comme un droit semblable à une servitude, non-seulement la restriction apportée à la propriété elle-même, mais encore le droit dans lequel on rentre, par suite de la cessation d'une servitude qui rend la liberté à la propriété. C'est ainsi que s'explique aussi bien le *jus stillicidii non recipiendi* dans le sens qu'y attache Théophile, que le *jus altius tollendi* et *luminibus officiendi*. fr. 2, 21, 32, pr. D. VIII, 2. — fr. 26, pr. D. XLIV, 2. — fr. 2, pr. D. VIII, 3.

[2] § 1, J. II, 3. — fr. 2; fr. 11, § 1 ; fr. 12, 21, 32, pr. D. VIII, 2. — fr. 7, § 1; fr. 16, D. VIII, 4. — Const. 8, 9. C. III, 34.

[3] *V.* plus haut la note 1re et Hugo, *Rechtsges.* p. 504. — Cujas, dans la dernière note sur le § 2, J. IV, 6, est aussi de cette opinion. C'est ce qui explique également pourquoi le § 2, J. cité, accorde à celui qui prétend avoir acquis un *jus tollendi*, l'action *confessoire* (*confessoria*), et au voisin qui conteste le droit, une action *négatoire* (*negatoria*). Cette opinion est néanmoins contestée par Schilling et Unterholzner, *Verjæhrungslehre*, 1. II, p. 118, 119, 127, 128. — G. J. Van Ostendorp, *D. de jure altius tollendi*. Lov. 1830.

[4] Fr. 16, D. VIII, 2.

[5] La comparaison des passages suivants démontre que ces diverses expressions désignent la même chose : fr. 4, 23, pr. ; fr. 40, D. VIII, 2. — fr. 13, § 7, D. VII, 1, et Const. 12, § 2, C. VIII, 10.

[6] *V.* les passages indiqués à la note précédente. Les opinions des auteurs sur la question de savoir ce que cette servitude était en réalité, sont d'ailleurs très-diverses. Feuerbach regarde cette servitude plutôt comme un droit sur l'*ombre* que la maison ou le mur voisin procure à notre fonds, qu'une servitude de *lumière*, de sorte que le propriétaire du mur servant ne pourrait le détruire. — Dabelow, *De la servitude* luminum *chez les Romains*, pense le contraire. — *V.* aussi J. E. Pæblig, *Diss. in qua Feuerbachii de luminum servitute sententia contra Dabelowium defenditur*. Grœning. 1811. — Moser va jusqu'à prétendre que c'est une servitude par laquelle le voisin doit souffrir la réflexion des rayons du soleil de notre mur sur ses fenêtres ! — *V.* encore : L. F. Griesinger, *De servitute luminum et ne luminibus officiatur*. Lipsiæ, 1819. — H. C. A. Eichstaedt, Pr. I et II, *De servitute luminum et ne luminibus officiatur, ad explic. Ciceronis locum de orat. I*, 39. Jenæ, 1820. — M. G. J. Fiess, *Diss. de servitute luminum et ne luminibus officiatur*. Leodii, 1824.

[7] Const. 12, § 3, C. VIII, 10.

[8] Fr. 4, 11, pr.; fr. 15; fr. 17, pr. § 1; fr. 22, 23, pr.; fr. 31, D. VIII, 2. — fr. 16, D. VIII, 4. — fr. 15. D. VIII, 5. et surtout le fr. 10, D. VIII, 2, comparé avec le fr. 30, D. VII, 1.

[9] Fr. 3, 12, 15, D. VIII, 2. Les auteurs, surtout les modernes, sont très-divisés sur ces servitudes. Heureusement, on ne considère plus aujourd'hui, dans ces servitudes, le nom que leur donnaient les Romains, mais seulement la manière dont elles ont été établies ou acquises, leur but et l'extension qu'elles doivent comporter.

[10] Fr. 2, D. VIII, 2.

le fonds du voisin, une fosse à fumier ou autre chose semblable [1].

8. La servitude *cloacæ mittendæ*, ou le droit de conduire un égout par la maison ou le fonds du voisin [2].

9. La servitude *fumi immittendi s. cuniculi balnearii habendi*, ou le droit de diriger, par la cheminée ou du côté du fonds du voisin, des fumées particulièrement incommodes ou d'autres exhalaisons désagréables [3].

§ 323. 2. *Des servitudes d'héritages ruraux.*

Les principales servitudes d'héritages ruraux, que nous rencontrons en droit romain, sont les suivantes :

1. Les servitudes qui tendent à faciliter les communications soit par terre, soit par eau. Elles sont au nombre de quatre :

a) La servitude *itineris*. Elle donnait, chez les Romains, le droit de passer sur le fonds d'autrui soit à pied, soit à cheval ou même en litière [4].

b) La servitude *actus* qui, outre la servitude de passage qu'elle contient, donne le droit de conduire, par le fonds servant, des bestiaux et d'y passer en voiture [5].

c) La servitude *viæ*, qui non-seulement réunissait en elle les deux précédentes, mais autorisait également à traîner, par le chemin servant, des pierres et du bois de construction [6].

Si aucune clause particulière ne déterminait la largeur du chemin, la loi la fixait à huit pieds en ligne droite (*in porrectum*), et à seize pieds dans les détours (*in anfractum*) [7]. Toute constitution de servitude de voie peut être faite de manière à permettre à celui qui en jouit, de faire prendre à son chemin sur le fonds servant la direction qui lui convient et de la changer à volonté [8] ; mais si ce point n'est pas réglé par la constitution de la servitude elle-même, le droit de passage est restreint à une direction donnée et déterminée lors de l'établissement de la servitude ou, à son défaut, et en cas de contestation entre les parties, par le juge qui, dans ce cas, doit avoir égard à la localité et à l'intérêt des deux parties [9]. Quoique aujourd'hui on examine plutôt le mode de constitution, les localités et l'utilité de la servitude, que les expressions et les principes du droit romain, il est cependant vrai de dire que, dans ces cas, on doit toujours appliquer la règle romaine que le plus comprend tacitement le moins [10], s'il n'y est expressément dérogé [11].

d) La servitude *navigandi*, ou le droit de traverser l'étang d'autrui pour arriver à notre héritage [12].

2. La servitude de *pacage* (*servitus pascendi s. pascui*), ou le droit de conduire paître nos bestiaux sur le fonds d'autrui [13]. Elle renferme tacitement la servitude *actus*, pour autant que celle-ci est nécessaire à son exercice [14]. La constitution de cette servitude règle aussi bien l'époque où elle peut être exercée, que l'espèce et le nombre des bêtes qui ont le droit de paître.

a) Mais si l'époque où le droit de pacage peut être exercé n'a pas été fixée, les troupeaux n'acquièrent le droit de paître qu'après la récolte des fruits et le fauchage des prairies [15].

b) Si l'espèce de bêtes n'a pas été déterminée, tous les animaux en général auxquels les pâturages conviennent, à l'exception de ceux qui causeraient des dommages extraordinaires, doivent être admis au pacage [16].

c) Si le nombre des bêtes n'a pas été fixé, le droit de pacage s'étend à toutes celles qui appartiennent au fonds dominant, et qui sont nécessaires à son exploitation [17].

d) Enfin, si le contraire n'a pas été expressément convenu, le propriétaire du fonds servant a le droit de faire paître également ses propres

---

[1] Fr. 17, § 2, D. VIII, 5.
[2] Fr. 7, D. VIII, 1. — fr. 2, pr. D. VIII, 3.
[3] Fr. 8, § 5-7, D. VIII, 5.
[4] Pr. J. II, 3. — fr. 1, pr.; fr. 7, pr.; fr. 12, D. VIII, 3.
[5] *V.* outre les passages de la note précédente, le fr. 4, § 1; fr. 13, D. VIII, 1. — fr. 2, D. VIII, 6.
[6] Fr. 1, pr.; fr. 7, pr. D. VIII, 3.
[7] Fr. 8; fr. 13, § 2, 3; fr. 23, pr. D. VIII, 3. — fr. 6 in fine, D. VIII, 6. — *V.* aussi Varron, *De lingua lat.* VI, 2, et Hugo, *Rechtsges.* p. 190.
[8] Fr. 13, § 1, D. VIII, 3. — fr. 6, § 1, D. VIII, 6.
[9] Fr. 13, § 1, 3, D. VIII, 3. — fr. 9, D. VIII, 1. — La servitude de voie concédée par un legs, et sans que le testateur ait déterminé la direction du chemin, peut être réglée par l'héritier, selon sa volonté, mais sans porter préjudice au légataire, fr. 26, D. VIII, 3.
[10] Fr. 21, fr. 110, pr. D. L, 17. — pr. J. II, 3. — fr. 1, pr.; fr. 7, pr. D. VIII, 3.
[11] Fr. 4, § 1, D. VIII, 5. — fr. 1, D. XXXIV, 4.
[12] Fr. 23, § 1, D. VIII, 3.
[13] § 2, J. II, 3. — fr. 1, § 1; fr. 3, pr.; fr. 4; fr. 6, § 1, D. VIII, 3.
[14] Arg. fr. 3, § 3, D. VIII, 3.
[15] Arg. fr. 9, D. VIII, 1 : « *civiliter modo,* » et fr. 13 in fine, D. VIII, 4.
[16] Lauterbach, *Coll. Pand.* lib. VIII, tit. 3, § 10.
[17] La raison en est qu'aucune servitude réelle ne peut être exercée au delà des besoins du fonds dominant. fr. 5, pr. combiné avec le fr. 5, in fine, D. VIII, 5.

troupeaux (aujourd'hui *jus compascendi*) [1]. Dans ce cas, lorsque la pâture sur le fonds servant n'est pas suffisante aux bestiaux des deux propriétés, ou lorsqu'elle cesse de l'être, le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire paître ses bestiaux, lorsque leur nombre est fixé, quand même aucune pâture ne resterait aux bestiaux de l'héritage servant; si, au contraire, ce nombre n'est point fixé, le juge déterminera, d'après l'état des propriétés, le nombre de têtes que chacune d'elles a le droit de faire conduire au pâturage.

3. Les servitudes qui se rapportent à la conduite et à la jouissance des eaux.

De cette espèce sont :

a) L'*aquæductus* ou la servitude *aquæ ducendæ*; c'est le droit de conduire hors du fonds d'autrui ou en le traversant, des eaux vers notre propriété, soit sur, soit sous la terre [2]. En général, celui qui jouit de cette servitude doit conduire les eaux par des tuyaux, et nullement par des canaux de pierre [3]; il doit d'ailleurs les conduire dans une direction indiquée [4]. La servitude peut être établie pour donner l'eau toute l'année (*aqua quotidiana*) ou être restreinte à l'été (*aqua æstiva*) [5].

b) L'*aquæ haustus* ou la servitude *aquæ hauriendæ*; c'est le droit de puiser de l'eau à la source ou au puits d'autrui; il comprend la servitude de passage (*iter*), en tant qu'elle est nécessaire à l'exercice du puisage [6].

c) La servitude *pecoris ad aquam appulsus*, ou le droit de faire abreuver nos bestiaux sur le fonds servant; la servitude *actus*, en tant qu'elle est nécessaire, y est naturellement comprise [7].

d) La servitude *aquæ educendæ s. immittendæ*, ou le droit de conduire les eaux de notre propriété sur celle d'autrui [8].

4. Enfin, il existe encore différentes autres servitudes d'héritages ruraux : par exemple, le droit de couper du bois dans la forêt d'autrui; celui d'abriter et de conserver les fruits de notre fonds dans le bâtiment d'autrui; le droit, en exploitant une carrière, de jeter de la terre et des pierres sur le fonds du voisin, et de les y laisser séjourner jusqu'à leur enlèvement; le droit de construire, pour l'exercice du pacage, une hutte sur le fonds servant [9]; enfin, le droit *cretæ eximendæ, calcis coquendæ, lapidis eximendæ, arenæ fodiendæ*, et d'autres semblables [10], dont le nom seul indique la destination.

TITRE III.

DE L'ÉTABLISSEMENT ET DE L'EXTINCTION DES SERVITUDES.

§ 324. I. *Qui peut constituer une servitude?*

Du principe que nous avons établi, au § 309, que les servitudes ne sont, d'après leur notion et leur nature, que des droits détachés de la propriété d'une chose et transférés à une autre personne, découlent les conséquences suivantes :

1. Le propriétaire seul d'une chose peut la grever d'une servitude. Il s'ensuit que la servitude constituée par un non-propriétaire ne donne pas à celui qui l'acquiert le *droit de servitude* (*jus servitutis*), mais seulement la *juris quasi-possessio* [11].

2. Celui dont la propriété est révocable dès le commencement, ne peut charger la chose de

[1] Arg. fr. 13, § 1 in fine, D. VIII, 4. — Const. 6, C. III, 34. L'expression *jus compascendi* a donné naissance à celle de *jus compascui*, qui est le droit de paître que plusieurs propriétaires se sont réciproquement accordé sur leurs fonds et qu'on rencontre souvent, non comme servitude, mais comme *precarium*.

[2] Pr. J. II, 3. — fr. 1, pr.; fr. 9, D. VIII, 3. — fr. 14, § 2, D. VIII, 1. — fr. 4, D. XLIII, 20. — Code, XI, 42 — Winckler, *Diss. de jure impetratæ aquæ*. Lips. 1749; dans ses *Opusc. minor*. V. II, P. I, p. l. — Hermann, *Diss. de servitute aquæductus*. Lips. 1803.

[3] Fr. 17; § 1, D. XXXIX, 3.

[4] La direction des eaux se règle d'après les mêmes principes que celle des chemins. fr. 9 in fine, D. VIII, 1. — fr, 21, 22, 26, D. VIII, 3. — fr. 8, D. XLIII, 20.

[5] Fr. 1, § 2, 3, D. XLIII, 20. La jouissance de cette servitude peut encore être limitée à certains jours et heures ou même à une mesure donnée. fr. 2; fr. 5, pr. D. ibid. — fr. 2, § 1, 2, D. VIII, 3.

[6] § 2, J. II, 3. — fr. 1. § 1; fr. 3, § 3; fr. 9, D. VIII, 3. — C. F. Walch, *Diss. de aquæ hauriendæ servitute*. Jenæ, 1754.

[7] *V*. outre les passages indiqués à la note précédente, les fr. 4; fr. 6, § 1, D. VIII, 3.

[8] Fr. 29, D. VIII, 1. — fr. 8, § 5, D. VIII, 5.

[9] Fr. 6, § 1, D. VIII, 3. — fr. 3, § 1, 2, D. ibid. — fr. 6 in fine, D. ibid.

[10] § 2, J. II, 3. — fr. 1, § 1; fr. 5, § 1; fr. 6, D. VIII, 3.

[11] Fr. 11, § 1, D. VI, 2. — *V*. aussi plus haut, les §§ 248, 254, n° 2, et le § 287, note 12.

servitudes que pour la durée de son droit [1].

3. Un copropriétaire ne peut, pour lui seul, grever l'héritage commun d'une servitude réelle, puisque celle-ci est indivisible [2]. Ceci ne s'applique qu'aux servitudes prædiales, car un copropriétaire peut céder à une autre personne sa part intellectuelle d'un usufruit [3].

4. Celui qui n'a que la nue-propriété d'une chose dont un autre a l'usufruit, peut la grever de servitudes qui ne nuisent en rien aux droits de l'usufruitier, mais il ne peut, même du consentement de celui-ci, imposer sur la chose des servitudes qui restreindraient l'usufruit [4].

5. Celui qui n'a que le domaine utile d'une chose (*dominium utile*), comme l'emphytéote et le superficiaire, peut, il est vrai, la grever de servitudes sans le consentement du propriétaire; mais du moment où la propriété revient entre les mains de ce dernier, les servitudes constituées par l'emphytéote et le superficiaire s'éteignent également [5].

§ 325. II. *Qui peut acquérir une servitude ?*

Les servitudes personnelles s'acquièrent :

1. Par tous ceux qui ont en général la capacité d'acquérir ; mais les servitudes réelles ne s'acquièrent que par le vrai propriétaire de l'héritage, puisqu'elles en sont une accession [6]. Ainsi, celui qui n'est que possesseur de bonne foi d'un héritage, n'acquiert également que la possession de bonne foi de la servitude concédée à cet héritage.

2. Par le nu-propriétaire d'une chose qui peut acquérir pour elle une servitude, même sans le consentement de l'usufruitier; mais celui-ci en retire les avantages pendant toute la durée de son droit [7].

3. Le copropriétaire ne peut à lui seul acquérir de servitude pour l'héritage commun, par la raison qu'il n'est pas propriétaire de tout l'héritage, que la servitude est indivisible et ne peut, par conséquent, s'acquérir *pro parte* [8].

4. Enfin, le propriétaire d'un héritage ne peut faire constituer une servitude en même temps à son profit et à celui de son voisin ; car, dans ce cas, il n'acquiert que pour lui seul [9].

§ 326. III. *Comment les servitudes s'acquièrent-elles ?*

Les servitudes s'acquièrent :

1. Par *convention*. Il est hors de doute qu'une simple convention suffit pour établir une servitude négative. Mais en est-il de même des servitudes affirmatives? La question de savoir s'il suffit d'une simple convention pour donner naissance au *droit de servitude* et baser l'action réelle qui en est la conséquence, ou si la *quasi-tradition* de la servitude ou son exercice *patientia domini* sont également requis, est très-controversée ; la première de ces deux opinions paraît néanmoins la plus fondée [10].

2. Par *disposition de dernière volonté* (ser-

---

[1] Fr. 11, § 1, D. VIII, 6. — fr. 105, D. XXXV, 1; à cause de la règle : *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum.* — *V.* plus haut, le § 274.

[2] Fr. 2, D. VIII, 1. — fr. 11, 34, pr. D. VIII, 3. fr. 6, § 1-3; fr. 18, D. VIII, 4.

[3] Fr. 10, D. VII, 9. Il semble aussi, d'après le motif indiqué dans le texte, que celui qui reçoit un autre comme copropriétaire, peut se réserver une servitude. fr. 8, § 1, D. VIII, 1.

[4] Fr. 15, § 7; fr. 16, D. VII, 1. — « *Proprietatis dominus ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest;* nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat; veluti si talem servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollendi. » La raison en est dans le principe établi § 309 : *servitus servitutis esse non potest.* — Sur les diverses manières d'expliquer ce passage, *v.* Glück, *Comment.* 9e part. p. 42 et suiv. — J. M. Bauman, *Diss. de servitute a proprietatis domino fundo fructuario imposita.* Lips. 1789. — J. Schnelle. *Diss. de probabili interpretatione leg.* 15, 16 *et* 17, *pr. D. de usufructu.* Rostoch. 1825.

[5] Fr. 1, pr. D. VII, 4. — fr. 1, § 9, D. XLIII, 18.

[6] § 3, J. II, 3. — fr. 1, § 1, D. VIII, 4.

[7] Fr. 15, § 7, D. VII, 1. — fr. 1, pr.; fr § 1, D. VII, 6.

[8] Fr. 19, 34, pr. D. VIII, 3. — fr. 5; fr. 6, § 1-3; fr. 18, D. VIII, 4. — fr. 8, § 1, D. VIII, 1. — fr. 30, § 1, D. VIII, 2.

[9] Fr. 5; fr. 6, pr. in fine ; fr. 8, D. VIII, 4. — fr. 64, D. XVIII, 1.

[10] L'opinion la plus générale est que la tradition de la servitude est requise pour acquérir le *jus servitutis*, surtout à cause des passages suivants : const. 20, C. II, 3. — fr. 3, pr. D. XLIV, 7. — fr. 11, § 1, D. VI, 2. — fr. 20, D. VIII, 1. — fr. 1, § 2, D. VIII, 3. Mais d'après une autre opinion, appuyée sur Gajus, II, 30, 31 ; § 4, J. II, 3 ; § 1, J. II, 4; fr. 3, pr. D. VII, 1; fr. 19, D. VIII, 3, la tradition de la servitude ne serait pas requise pour acquérir le *jus servitutis* lui-même, mais seulement pour acquérir la *possession* de la servitude et pour donner lieu à l'action publicienne : c'est de ce droit que parleraient ces passages : fr. 11, § 1, D. VI, 2; fr. 20, D. VIII, 1 ; fr. 1, § 2, D. VIII, 3. Cette dernière opinion fut d'abord défendue par L. J. Schmidtlein, *Diss. de servitutibus per pactum constituendis*, Gœtt. 1823. Depuis ce temps, on a beaucoup discuté sur cette question. D'un côté se trouvent Du Roi, Zimmern et Francke; de l'autre, Schmidtlein, Savigny, Michelsen, Hasse et Schrader. *V.* aussi Warnkœnig, dans la *Thémis*, t. X, p. 57, et Du Courroy, *Institutes expliquées*, sur le § 1 II 4. — Cpr. encore : H. Hertel,

vitus legata) ; dans ce cas, le droit de servitude est acquis au moment même où le *dies legati cedit* [1]. Une constitution tacite d'une servitude, par convention ou par testament, n'est admissible que lorsque, sans la servitude, la chose aliénée ou léguée ne pourrait exister, ou lorsque l'exercice du droit principal, dont la servitude forme l'accessoire, serait impossible [2].

3. Par *adjudication*, dans les trois cas des actions divisoires [3], et dans le cas où le juge reconnait la nécessité d'établir un chemin pour arriver à un héritage [4].

4. Par usucapion de 10 et 20 ans, pourvu que la propriété de la chose soit prescriptible dans ce laps de temps [5], si celui qui prescrit est de bonne foi [6] et s'il a un juste titre, c'est-à-dire si la servitude lui a été constituée et concédée d'une manière conforme au droit [7]. Mais s'il ne peut prouver d'un juste titre, il n'acquiert la servitude, s'il a été de bonne foi, que par 30 ans [8], ou par une prescription immémoriale (*vetustas*) [9] ; si la bonne foi manque également, le droit de servitude ne pourra jamais être acquis ; mais l'action négatoire du propriétaire sera éteinte par la prescription, et l'on aura toujours une exception pour se faire maintenir dans la possession de la servitude [10].

5. Enfin, les *dispositions de la loi* servent souvent de base à la constitution de l'usufruit, et l'on peut de même admettre des servitudes réelles légales, si l'on entend par là les restrictions que la loi apporte à la propriété d'une chose à l'avantage d'une autre chose.

§ 327. IV. *Comment les servitudes s'éteignent-elles* [11]?

Les servitudes qui ne sont restreintes ni par un terme ni par une condition résolutoire, s'éteignent d'après leur nature générale [12] :

1. Par la *renonciation* (*remissio*) de la part de celui qui les exerce ; cette renonciation peut être ou expresse ou tacite [13].

2. Par la *confusion*, lorsque dans les servitudes réelles, les deux héritages commencent à appartenir au même propriétaire. Cependant, si le propriétaire de l'héritage dominant n'acquiert qu'une partie de l'héritage servant, ou si, vice versâ, le propriétaire de l'héritage ser-

---

De servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex jure rom. Lips. 1828.

[1] § 4, J. II, 3. — § 1, J. II, 4. — fr. 3, pr.; fr. 6, pr. D. VII, 1. Pour donner lieu à la possession d'usucapion et à l'action publicienne, la tradition est également requise ici. — Sur le legs d'une servitude, *v.* au Dig. XXXIII, 2, 3.

[2] Fr. 1, D. XXXIII, 3. — fr. 1, § 1, 4, D. VII, 6. — fr. 15, § 1, D. XXXIII, 2. — fr. 44, § 9; fr. 81, § 3, D. XXX. — fr. 20, D. VIII, 5, comparé avec les fr. 10; fr. 34-39, D. VIII, 2. — fr. 3; fr. 6, pr.; fr. 7, D. VIII, 4. — fr. 30, D. VII, 1. — fr. 26, D. XXXIX, 2.

[3] Fr. 6, § 1, D. VII, 1. — fr. 16, § 1 ; fr. 22, § 3, D. X, 2. — fr. 6, § 10, D. X, 3. — fr. 10, D. VII, 9.

[4] Fr. 12. pr. D. XI, 7. — fr. 1, § 1, D. VII, 6. — fr. 44, § 9, D. XXX. — fr. 15, § 1, D. XXXIII, 2.

[5] C. 12 in fine, C. VII, 33. — « Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quæ in jure consistunt, veluti *ususfructus et ceteræ servitutes.* » Néanmoins Zimmern prétend que les servitudes personnelles ne peuvent jamais être acquises par usucapion. — Les servitudes des choses dont on ne peut acquérir la propriété que par 30, 40 ans ou plus, ne peuvent également être acquises que par ce laps de temps. Nov. 131, ch. 6.

[6] Il faut naturellement qu'il ait exercé la servitude *nec vi, nec clam, nec precario*. fr. 10, pr. D. VIII, 5. — fr. 1, § 23. D. XXXIX, 3. — Const. 1, C. III, 34. Mais il ne doit pas prouver la bonne foi ; la preuve du contraire incombe à l'adversaire.

[7] Const. 12, C. VII, 33. — « *Ut bono initio possessionem tenetis*, etc. » Sous cette condition seule, il acquiert la prescription par 10 ou 20 ans.

[8] Arg. Const. 8, § 1, C. VII, 39.

[9] Fr. 3, § 4, D. XLIII, 20. — fr. 10, pr. D. VIII, 5. — fr. 2, pr. § 8, D. XXXIX, 3. — fr. 28, D. XXII, 3. — Const. 1. C. III, 34.

[10] Const. 3; const. 8, § 1, C. VII, 39. Les opinions des jurisconsultes sont très-diverses sur la prescription acquisitive des servitudes. Galvanus, Thibaut, Dabelow, Lœbr, Zimmern, Neustetel, Hagemann, Hasse, Unterholzner, Schweppe ont tous traité cette question. — Sur l'acquisition des servitudes discontinues, *v.* C. G. Müller, *Diss. num et quatenus continua possessio requiratur in juribus discontinuis præscriptione constituendis.* Lips. 1832.

[11] Dig. VII, 4; VIII, 6. — Paul, *Sent rec.* III, 6, § 28-33.

[12] Ainsi, par exemple, l'usufruit légal du père sur les biens de ses enfants cesse avec la puissance paternelle; § 2, J. II, 9 ; de même, la durée d'une servitude peut être restreinte à un temps déterminé, par convention ou par disposition testamentaire. fr. 4, D. VIII, 1.

D'après la const. 12, C. III, 3, l'usufruit a encore les particularités suivantes :

1. Lorsqu'un usufruit a été concédé à quelqu'un jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un certain âge, et que celui-ci meurt avant ce temps, l'usufruit continue d'exister jusqu'au moment où ce tiers, s'il avait vécu, aurait atteint cet âge.

2. Lorsque le testateur a subordonné la durée de l'usufruit à un événement incertain, qui se rapporte à la personne d'un tiers, l'usufruit, en cas de mort du tiers avant l'arrivée de l'événement, doit être considéré comme s'il avait été accordé à l'usufruitier sa vie durant.

[13] § 3, J. II, 4. — fr. 14, § 1, D. VIII, 1. — fr. 8, D. VIII, 6. — fr. 34. pr. D. VIII, 3.

vant acquiert une partie de l'héritage dominant, la servitude continue également à subsister sur la partie [1]. La confusion, ou aussi la *consolidation* [2], a lieu en fait de servitudes personnelles, lorsque celui qui n'a que la nue-propriété acquiert aussi l'usufruit, ou lorsque l'usufruitier acquiert la nue-propriété de la chose. Cependant si la confusion n'est, dès son principe, que temporaire, les servitudes revivent dès qu'elle cesse d'exister, sans distinguer entre les servitudes personnelles et les servitudes réelles [3].

3. Lorsque le droit de celui qui a constitué la servitude était, dès son principe, *révocable;* la servitude s'éteint du moment où il cesse [4].

4. Par la *destruction de la chose* [5]. Mais les servitudes revivent par le rétablissement de la chose [6].

Par la *destruction du sujet*. Ainsi, les servitudes personnelles s'éteignent par la mort de celui auquel elles ont été constituées [7], les servitudes réelles, par la ruine de l'héritage dominant; mais elles revivent par son rétablissement [8].

6. Par la *prescription extinctive*. Le droit nouveau ne se contente plus, comme l'ancien droit, du non-usage de la servitude (*non usus*); mais les servitudes personnelles aussi bien que les servitudes réelles ne se perdent en droit [9] par le non-usage, que lorsque le propriétaire de l'héritage servant a acquis une *usucapio libertatis*, ou qu'un tiers a acquis la chose par usucapion comme propriété franche et libre.

Il faut donc distinguer ici entre le droit ancien et le droit nouveau.

1. L'usufruit et l'usage (mais non l'habitation) se perdaient, d'après l'ancien droit, par le simple non-exercice en fait d'immeubles, pendant deux ans, et en fait de meubles, pendant un an. [10]. D'après une disposition de Justinien, l'usufruit et l'usage ne s'éteignent plus par le simple non-exercice, mais seulement en suite d'une *usucapio libertatis* de la part du propriétaire de la chose sur laquelle l'usufruit est constitué, ou lorsqu'elle est usucapée par un tiers, comme propriété libre [11].

2. Dans les servitudes réelles, on faisait, d'après l'ancien droit, une distinction entre les servitudes d'héritages rurs aux et les servitudes d'héritages urbains. On perdait les premières par le simple non-usage, les secondes seulement par l'*usucapio libertatis* [12].

En droit nouveau, il faut admettre que les servitudes réelles, pas plus que l'usufruit, ne s'éteignent par le non-exercice [13].

---

[1] Fr. 1, D. VIII, 6. — fr. 30, D. VIII, 2, comparé avec le fr. 8, § 1, D. VIII, 1. — fr. 19; fr. 34, pr. D. VIII, 3. — fr. 5; fr. 6, § 1-3; fr. 18, D. VIII, 4.

[2] § 3, J. II, 4. — fr. 3, § 2; fr. 6. pr. D. VII, 2. — fr. 78, § 2, D. XXIII, 3. — fr. 7, pr. D. XXIII, 5. — fr. 17, D. VII, 4 — fr. 57, pr. D. VII, 1.

[3] Fr. 9, D. VIII, 4. — fr. 18, D. VIII, 1. — fr. 57, D. XXIV, 3. — fr. 7, pr. D. XXIII, 5.

[4] Fr. 16, D. VII, 4. — fr. 11, § 1, D. VIII, 6. — fr. 105, D. XXXV, 1. D'après la règle : resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. — *V.* plus haut, le § 274.

[5] § 3, J. II, 4. — fr. 10, § 2-4; fr. 12; fr. 30; fr. 31, D. VII, 4. — fr. 20, § 2, D. VIII, 2. — fr. 2, D. VII, 1.

[6] Fr. 14, pr. D. VIII, 6. — fr. 23, D. VII, 4. — fr. 36, pr. D. VII, 1. Il est des auteurs qui n'entendent ceci que des servitudes réelles, mais *v.* le fr. 23 cité.

[7] § 3, J. II, 4 — pr. J. II, 5. — fr. 3, § 3, D. VII, 4. — Const. 3, pr. 12; pr. 14. C. III, 23. L'usufruit accordé à une communauté s'éteint par un laps de 100 ans, « quia is finis vitæ longævi hominis est. » fr. 56, D. VII, 1. Il est bien remarquable qu'en droit romain l'usufruit et l'usage, qui sont des droits basés sur le droit civil, s'éteignent par la grande et la moyenne diminution de tête de celui qui les exerce. § 3, J. II, 4. — fr. 1, D. VII, 4. — Const. 16, 17, C. III, 23; il n'en est pas de même de l'habitation, « quia in facto potius quam in jure consistit. » fr. 10, pr. D. VII, 8. — fr. 10, D. IV, 5; les *operæ servorum* sont dans le même cas que l'habitation. fr. 2, D. VII, 7. — fr. 2, D. XXXIII, 2.

[8] Fr. 20, § 2, D. VIII, 1.

[9] Car l'action confessoire s'éteint, d'après les principes généraux sur la prescription des actions, lorsque pendant trente ans on ne l'intente pas. Const. 3, C. VII, 39.

[10] Paul, *Sent. rec.* III, 6, 30. — fr. 38-40, D. VII, 1. — fr. 28, 29, D. VII, 4. — fr. 10, pr. D. VII, 8.

[11] Const. 16, § 1, C. III, 33. — « Nisi talis exceptio usufructuario opponatur, quæ etiam dominium vindicaret, posset eum præsentem vel absentem excludere. » Cpr. const. 13, C. III, 34.

[12] Paul, *Sent. rec.* I, 17. — fr. 6, D. VIII, 2. — fr. 18, D. VIII, 3. — fr. 7, D. VIII, 6.

[13] D'après la const. 13 in fine, C. III, 34, combinée avec la const. 16, § 1, C. III, 38, et le § 3, Inst. II, 4. Cependant les opinions sont divisées sur ce point. *V.* Galvanus, *De usufr.* ch. 41. — Mallinkrott, *Diss. de præscriptione servitutum extinctiva imprimis ad L.* 13, *C. de serv. et aqua.* Jenæ, 1788. — Siertsema, *De usufr. ob non usum amittendo.* Groën. 1812. — Unterholzner, *Verjaehrungslehre,* t. II, § 217-234.

TITRE IV.

DES ACTIONS QUI ONT RAPPORT AUX SERVITUDES.

§ 328. I. *Des actions pétitoires* [1].

Les actions qui se rapportent aux servitudes sont ou pétitoires ou possessoires.

Les actions pétitoires sont :

1. L'action *confessoire* (*actio confessoria s. vindicatio servitutis*), que l'on intente pour faire valoir son droit de servitude. Elle est accordée à quiconque réclame une servitude et fournit la preuve qu'elle appartient réellement ou à lui-même ou à son héritage [2]. Elle est dirigée contre celui qui trouble le demandeur dans l'exercice de son droit, et elle tend à faire reconnaître la servitude, à demander des dommages-intérêts et, en cas de besoin, la caution *de ne amplius turbando* [3].

2. L'action *négatoire* (*actio negatoria s. vindicatio libertatis*) qui tend à faire déclarer la liberté d'une chose. Elle appartient au propriétaire de la chose qui la prétend libre de toute servitude, et elle peut être dirigée contre quiconque s'arroge une servitude sur la chose [4]. En réalité, elle n'est autre chose que la revendication (*rei vendicatio*), parce que la propriété est partiellement lésée par l'usurpation d'une servitude; son but est de faire déclarer la liberté naturelle de la chose, de demander caution pour empêcher qu'on ne soit encore troublé à l'avenir, et de se faire adjoger des dommages-intérêts. Le demandeur doit ici rapporter la preuve de sa propriété [5], le défendeur celle de la servitude, quand même il se trouve en possession de cette dernière [6].

3. D'ailleurs, le droit romain accorde l'action *publicienne* (*actio in rem publiciana*) aussi bien en faveur de la servitude qu'en faveur de la liberté de la propriété.

a) Dans le premier cas, le demandeur ne doit point prouver que le *droit de servitude* lui appartient, mais seulement qu'il a acquis la possession de la servitude par tradition ou parce que le propriétaire a souffert l'exercice de la servitude (*patientia domini*).

b) Dans le second cas, le demandeur n'a pas à prouver qu'il est propriétaire de la chose, mais seulement qu'il en a acquis la possession par un juste titre et par tradition [7].

§ 329. II. *Des actions possessoires.*

Les actions possessoires qui peuvent être invoquées pour garantir les servitudes sont :

1. Pour les servitudes personnelles, les interdits ordinaires *retinendæ vel recuperandæ possessionis* (§ 265-267) [8].

2. Quant aux servitudes prædiales, il faut distinguer :

a) A l'égard des servitudes *affirmatives*, dont l'exercice dépend d'un fait propre, indépendant (*servitutes discontinuæ*), par exemple, les servitudes *itineris, viæ, actus, aquæ hauriendæ*, les interdits ordinaires ne trouvent point d'application; la loi donne, pour ces cas, des interdits particuliers [9]. Ce sont : l'interdit *de itinere actuque privato*, destiné à garantir une servitude de voie, et l'interdit *de itinere actuque reficiendo*, dont le but est de faire réparer le chemin [10]; l'interdit *de fonte*, qui protége l'exercice du droit de puiser de l'eau dans la fontaine ou dans l'étang d'autrui, et

---

[1] Dig. VII, 6. — VIII, 5. — § 2, J. IV, 6. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XI, c. 15, 16. — Glück, *Comm.* 10e part. § 685-687.

[2] Fr. 2, § 1; fr. 10, § 1, D. VIII, 5. Sur la question de savoir jusqu'à quel point l'usufruitier a droit d'actionner pour les servitudes qui appartiennent à l'héritage dont il jouit, v. fr. 1, pr.; fr. 5, § 1, D. VII, 6. — fr. 1, § 4, D. XLIII, 25.

[3] Fr. 2; fr. 5, § 5-7, D. VII, 6. — fr. 4, § 2; fr. 6, § 2-7; fr. 7; fr. 10, § 1; fr. 12; fr. 15, D. VIII, 5.

[4] Fr. 2, pr. D. VIII, 5. Elle a lieu également pour tous troubles et lésions de la propriété, semblables à des servitudes. Par exemple, fr. 13, 14, 17, pr. D. VIII, 5. — fr. 6, § 2, D. XLVII, 7.

[5] Fr. 5, pr. D. VII, 6. — fr. 15, D. XXXIX, 1.

[6] Ceci est une question très-controversée, surtout à cause du § 4, J. IV, 15 et du fr. 7, § 5, D. XL, 12.

[7] Fr. 11, § 1, D. VI, 2. — fr. 1, § 2, D. VIII, 3. — fr. 4, § 7, D. VIII, 5. — fr. 18, D. XX, 1.

[8] Fr. 4, D. XLIII, 17. — fr. 3, § 13, 14, 16; fr. 9, § 1, D. XLIII, 16. — fr. 60, pr. D. VII, 1. — fr. 2, pr. § 3, D. XLIII, 26.

[9] Savigny, *Traité de la possession*, § 44 et 46.

[10] Fr. 1, pr.; fr. 3, § 11, D. XLIII, 19. — fr. 4, § 5, D. VIII, 5.

l'interdit *de fonte reficiendo*, pour obtenir la réparation de la fontaine [1].

b) A l'égard des servitudes affirmatives dont l'exercice exige l'existence continuelle d'un appareil ou d'une construction (*servitutes continuæ*), on applique soit l'interdit *uti possidetis* [2], soit des interdits particuliers pour certaines servitudes de cette espèce; par exemple, l'interdit de *aqua quotidiana et æstiva*, pour rentrer dans l'exercice d'une conduite d'eau, lorsque les constructions nécessaires à cet effet existent [3], et l'interdit *de rivis* qui tend à améliorer ces constructions [4]; l'interdit *de cloacis*, pour obtenir le nettoiement et la réparation d'un canal d'écoulement [5].

3. Les servitudes négatives ne sont jamais protégées que par l'interdit *uti possidetis* [6].

CHAPITRE IV.

DE L'EMPHYTÉOSE [7].

§ 330. I. *Notion de l'emphytéose.*

L'emphytéose est le droit réel par lequel nous nous servons de la propriété d'autrui comme de la nôtre, et disposons de la substance de la chose, sans cependant pouvoir la détériorer et sous la condition de la cultiver, de l'améliorer et de payer tous les ans, ou à d'autres époques déterminées, une redevance fixe (*canon, pensio, reditus*). Celui qui accorde sur sa propriété un pareil droit s'appelle *dominus emphyteuseos*; celui qui le reçoit, *emphyteuta* (*emphytéote*), et la chose sur laquelle il est concédé, se nomme *ager vectigalis s. emphyteuticarius*.

§ 331. II. *Des droits de l'emphytéote.*

Sans être propriétaire de la chose, l'emphytéote a presque tous les droits compris dans la propriété [8].

A. Ainsi, il a la pleine jouissance de la chose et, par conséquent, le droit de la posséder et d'en retirer tous les fruits dont il acquiert irrévocablement la propriété, non par la perception, mais par la simple séparation [9]. Il n'acquiert pas, il est vrai, la propriété des accessions, mais on ne peut lui refuser sur elles un droit emphytéotique [10]. Quant au trésor, il n'y a droit que comme inventeur [11].

B. Ensuite, l'emphytéote a le droit de dis-

[1] Dig. XLIII, 22.
[2] Fr. 20, pr. D. VIII, 2. — fr. 8, § 5, D. VIII, 5.
[3] Dig. XLIII, 20.
[4] Dig. XLIII, 21.
[5] Dig. XLIII, 23 comparé avec le fr. 1, pr. D. XLIII, 17.
[6] Fr. 8, § 5, D. VIII, 5. Sur tous ces interdits, *v.* Savigny, *Traité de la possession*, §§ 45 et 46.
[7] Sources : § 3, J. III, 24 (25). — Dig. VI, 3. — XXXIX, 4. — Cod. Theod. X, 3. — Cod. Just. IV, 66.

Bibliographie : Cujas, *Recit. solemn. in tit. cod. de jure emphyteutico.* — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. IX, c. 13-15. — Janus a Costa, *Præl. in tit. C. de jure emphyteutico.* In præl. in illustr. quosd. titt. a Voorda édit. p. 346. — Galvanus, *De usufr.* c. 27, § 5. — Ge. S. Madihn, *De vera indole agrorum vectigalium secundum juris rom. doctrinam.* Berol. 1775. — Groscurd, *De jure emphyteutico.* Gœt. 1803. — J. A. Kluppel, *De jure emphyteutico.* Grœning. 1807. — A. H. Raupp, *De jure emphyteutico.* L. B. 1807. — A. Faure, *De emphyteusi ex jure romano.* Grœning. 1819. — Glück, *Comm.* t. VIII, § 600-619. — J. B. Nothomb, *Spec. de historia juris emphyteutici apud Romanos.* Leodii, 1826. — P. Verloren, *Diss. de jure emphyteutico.* Ultraj. 1826. — Muchler, *De jure emphyteutico transferendo.* Berol. 1833.

[8] Ce motif, joint à celui-ci que le droit romain accorde à l'emphytéote une *utilis in rem actio*, avait déjà engagé les glossateurs à nommer l'ensemble des droits qu'il a sur la chose *dominium utile*, tandis qu'ils désignaient par *dominium directum*, la propriété que conservait le *dominus*, parce que, comme vrai propriétaire de la chose, il avait la *rei vindicatio directa*. Par cette expression : *domaine utile*, il ne faut pas entendre une vraie propriété, mais un droit sur la chose d'autrui (*jus in re aliena*), analogue, par son étendue et ses effets, au droit de propriété. — C. H. Lang, *Comm. de dominii utilis natura, indole et historia, ejusque in jure romano et germano vestigiis.* Gœtt. 1793. Les opinions des auteurs sur ce point sont très-différentes.
[9] Fr. 25, § 1, D. XXII, 1.
[10] Arg. fr. 10, § 1; fr. 32; fr. 65, D. XXIII, 3.
[11] Arg. fr. 7, § 12, D. XXIV, 3. — Ceux qui accordent à l'emphytéote une vraie propriété, sont naturellement d'une autre opinion. Par exemple, Glück, *Comm.* t. VIII, p. 398; mais Maiblanc, *Princ. jur. rom.* § 415, et Schweppe ne lui accordent aucun droit réel.

poser de la chose elle-même. L'étendue et les effets de ce droit se règlent d'après les conventions des parties; mais à défaut de convention particulière, l'emphytéote a :

1. Le droit de disposer de la substance de la chose et d'y faire les changements qui ne la détériorent pas [1].

2. La faculté d'abandonner à autrui l'exercice de son droit, d'aliéner le droit emphytéotique lui-même entre vifs et d'en disposer à cause de mort [2]; il peut donc aussi donner la chose en gage et la grever de servitudes, sans le consentement du propriétaire [3]; mais si, par suite des conventions qui ont eu lieu lors de l'établissement de l'emphytéose (*ex lege constitutionis*), le bien retourne pleinement au propriétaire, les servitudes constituées par l'emphytéote, sans son consentement, s'éteignent, d'après la règle *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* [4]. La vente seule fait exception; dans ce cas, en effet, l'emphytéote doit avoir le consentement du propriétaire qui a le droit de rachat si ses offres égalent celles de l'acheteur. L'emphytéote doit, en conséquence, lui annoncer son projet de vente, et le propriétaire peut, pendant deux mois, user de son privilége d'acheter avant tout autre. Si, pendant ce délai, il n'a fait aucune déclaration, l'emphytéote est autorisé à la vente, sans le consentement du propriétaire; seulement la vente doit être faite à une personne capable de cultiver et d'administrer le bien emphytéotique [5].

3. En cas de mort de l'emphytéote, l'emphytéose passe en général à ses héritiers testamentaires ou ab intestat [6].

4. La loi donne à l'emphytéote, pour poursuivre son droit, une action réelle utile (*utilis in rem actio*), même contre le propriétaire [7].

§ 332. III. *Des obligations de l'emphytéote.*

Les obligations imposées à l'emphytéote sont, à défaut de conventions particulières, les suivantes :

1. Il est tenu de supporter toutes les charges et impositions publiques dont la chose est affectée [8].

2. Il doit améliorer la chose autant que possible, ou du moins la cultiver de manière qu'elle ne soit pas détériorée [9]. Il ne peut donc exiger d'indemnité pour les améliorations apportées à la chose, qu'il doit rendre au moins en aussi bon état qu'il l'a reçue.

3. Il doit payer la redevance à l'époque fixée et sans qu'elle lui soit demandée [10].

4. Lorsque le droit emphytéotique est transféré par l'emphytéote à un successeur particulier, par donation, legs, échange ou vente, le propriétaire a droit à la 50e partie du prix d'achat, ou à défaut de celui-ci, à la 50e partie de l'estimation de la chose (*quinquagesima pars pretii vel æstimationis* ou *laudemium*) pour l'acceptation du nouvel emphytéote; les héritiers de l'emphytéote ne sont cependant pas tenus à cette obligation, qu'à défaut de convention particulière le nouvel emphytéote doit acquitter [11]. Mais ce *laudemium* n'est dû que lorsque le propriétaire a déclaré accepter le nouvel emphytéote, et nullement lorsqu'il refuse son consentement et qu'il y persiste pendant deux mois [12].

§ 333. IV. *De la constitution de l'emphytéose.*

Le droit emphytéotique s'acquiert :

1. Par la concession qu'en fait le vrai propriétaire du fonds, soit par convention et par la tradition subséquente de la chose [13], soit par disposition de dernière volonté.

2. Par usucapion, s'il a été établi par un non-propriétaire et si l'emphytéote l'a exercé de bonne foi pendant 10 ou 20 ans; mais la chose doit elle-même être de nature à pouvoir être prescrite pendant ce laps de temps [14]. Celui qui possède pendant un long espace de temps un bien *animo emphyteutæ*, sur lequel personne ne lui a concédé un droit emphytéotique, mais dont il paie la redevance, acquiert, par l'ac-

[1] Auth. *Qui rem*. C. I, 2. — Nov. 120, ch. 8.
[2] Const. 3, C. IV, 66. — § 3, J. III, 24 (25). — fr. 71, § 5, 6, D. XXX. — Const. 1, 3, C. XI, 70.
[3] Fr. 16, § 2, D. XIII, 7. — fr. 1, pr. D. VII, 4.
[4] Fr. 31, D. XX, 1.
[5] Const. 3, C. IV, 66.
[6] Nov. 7, chap. 3, combinée avec la Nov. 120, ch. 6, § 1. — Le droit emphytéotique peut aussi être transféré à d'autres par legs, fr. 71, § 5, 6, D. XXX.
[7] Fr. 1, § 1. D. VI, 3. — fr. 12, § 2, D. VI, 2.
[8] Const. 2, C. IV, 66 : « neque apochas tributorum domino reddiderit. » Const. 2, C. X, 18.
[9] Nov. 120, ch. 8.
[10] § 3, J. III, 24 (25). — Const. 2, C. IV, 66.
[11] Const. 3, C. IV, 66. — Voet, *Comm. ad Pand.* lib. VI, tit. 3, § 26-35. — Glück, *Comm.* t. VIII, § 611-614.
[12] Const. 3, citée : « novam emphyteutam in possessionem suspicere — transferre. »
[13] Sur le contrat emphytéotique, v. plus loin, le § 420.
[14] Par analogie à l'acquisition des servitudes par usucapion, v. la const. 14, C. XI, 61. — Unterholzner, *Verjaehrungslehre*, t. II, § 239, pense autrement.

ceptation de cette redevance de la part du propriétaire, une *constitution tacite* de l'emphytéose, et dans ce cas, le laps de 10 ou 20 ans n'est pas précisément requis.

§ 334. V. *De l'extinction de l'emphytéose.*

L'emphytéose s'éteint :

1. Lorsque la chose périt entièrement [1].

2. Lorsqu'elle a été concédée par celui dont la propriété était révocable et temporaire, elle s'éteint aussitôt que celle-ci vient à cesser [2].

3. Par l'arrivée de l'époque ou de la condition dont son extinction dépend.

4. Lorsque l'emphytéote cède son droit au propriétaire [3]; lorsque, par d'autres motifs, le droit de l'emphytéote lui revient (par la consolidation), ce qui a surtout lieu quand l'emphytéote meurt sans héritiers légaux et sans disposer du bien par acte de dernière volonté ; ou lorsque le propriétaire acquiert, par prescription, la liberté de la chose (*usucapio libertatis*).

5. Lorsqu'un tiers a acquis, par usucapion, la propriété de la chose qui faisait l'objet de l'emphytéose [4].

6. Enfin, il existe plusieurs motifs pour lesquels l'emphytéote encourt, à titre de peine, la perte de son droit. A ces causes appartiennent les suivantes :

a) Lorsqu'il détériore la chose [5].

b) Lorsque, dans l'emphytéose de biens ecclésiastiques, il reste deux ans, et dans celle de biens laïques, trois ans sans payer la redevance, ou que, dans l'un et l'autre cas, l'arriéré de ses impositions publiques est de deux ans et qu'il ne représente pas ses quittances au propriétaire [6].

c) Lorsqu'il fait à un tiers la vente de la chose sans l'annoncer préalablement au propriétaire [7]. Dans tous ces cas, le propriétaire ne peut cependant, de sa seule autorité, expulser l'emphytéote ; mais il est obligé d'intenter contre lui une action qui le prive de son droit [8].

CHAPITRE V.

DE LA SUPERFICIE [9].

§ 335. I. *Notion de la superficie.*

La *superficie* (*superficies* ou *superficium*) est, en droit romain, tout ce qui se trouve au-dessus de la surface d'un fonds ou d'un bâtiment, et qui, soit par l'art, soit par la nature, y est tellement uni, qu'il en fait partie; par exemple, les maisons, les arbres et les vignes [10]. D'après les principes établis au § 281, le propriétaire du fonds et du sol a aussi, par droit d'accession, la propriété de tout ce que comprend la notion de la superficie [11]; mais il peut concéder à un autre un *droit de superficie* (*jus superficiarium*), par lequel le superficiaire acquiert, sur la superficie, presque tous les droits du propriétaire [12]. On peut, en accordant le droit de superficie, convenir d'une redevance (*solarium, pensio*), mais elle n'a rien d'aussi essentiel que la redevance de l'emphytéose. Ordinairement, ce *jus in superficie* ne se pré-

[1] § 3, J. III, 24 (25). — Const. 1, C. IV, 66.

[2] D'après la règle : *resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum*. Arg. fr. 11, § 1, D. VIII, 6. — fr. 105, D. XXXV, 1. — *V.* plus haut, le § 274.

[3] Il est douteux que l'emphytéote puisse abandonner le bien contre la volonté du propriétaire. *V.* cependant la const. 3, C. XI, 61.

[4] Unterholzner, *Verjährungslehre*, t. II, § 241. — L'emphytéote ne peut, par le non-paiement de la redevance, acquérir la pleine propriété de la chose. Const. 7, § 6, C. VII, 39.

[5] Ce cas doit être jugé par l'ensemble des circonstances. Nov. 120, ch. 8, comparée avec le fr. 13, § 5, D. VII, 1.

[6] Const. 2, C. IV, 66. — Nov. 7, chap. 3, § 2.

[7] Const. 3, C. ibid.

[8] Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. IX, c. 15.

[9] Source : Dig. XLIII, 18.

Bibliographie : Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. IX, c. 16-18. — C. Ant. L. Dittmar, *Diss. de superficie notione*. Lipsiæ, 1810. — Gesterding, *Vom Eigenthum*, p. 444-456.

[10] Fr. 32, D. XXIII, 3. — fr. 39, D. XXXI. — fr. 2, D. XLIII, 18.

[11] Gajus II, 73-75. — Gajus epit. II, 1, 4. — fr. 3, § 7, D. XLIII, 17 : « *semper enim superficies solo cedit.* » § 29-31, J. II, 1. — fr. 2, D. XLIII, 18.

[12] Ceci est le second cas où l'on admet ordinairement un domaine *direct* et *utile*.

sente que daus les bâtiments élevés sur la sol d'autrui, et quelquefois même un seul étage forme l'objet de la superficie [1].

§ 336. II. *Des droits et des obligations du superficiaire.*

Les droits du superficiaire sont, en majeure partie, les mêmes que ceux de l'amphytéote. Il a donc :

1. La pleine jouissance de la superficie, autant qu'elle lui a été concédée *ex lege locationis* [2].

2. Il transmet son droit à ses héritiers ab intestat.

3. Il peut en disposer de toute manière, entre vifs aussi bien qu'à cause de mort [3].

4. Il peut engager la superficie pour toute la durée de son droit [4], et la grever de servitudes [5].

5. La loi lui donne, pour exercer la poursuite de son droit, une action réelle utile [6], et un interdit particulier *de superficiebus*, pour se faire maintenir en possession [7]. Mais pour se faire restituer la possession perdue, il a les interdits ordinaires *de vi* et *de precaria* [8].

Ses devoirs consistent dans l'obligation de supporter toutes les charges et impositions inhérentes et mises sur la superficie [9], et de payer une redevance (*solarium*) lorsqu'elle a été convenue [10]. Il n'est point obligé au paiement d'un *laudemium* lorsqu'il aliène son droit. Le superficiaire est également obligé de restituer la chose, mais il n'est nullement tenu des détériorations occasionnées sans sa faute, soit par vétusté, soit par hasard.

§ 337. III. *De l'acquisition et de l'extinction de la superficie.*

Le droit de superficie s'acquiert :

1. Par *convention*, lorsque le propriétaire d'un fonds le livre à un autre pour y construire un bâtiment et le posséder à titre de superficie (*jure superficiario*), ou lorsqu'il loue à un autre une superficie déjà existante ou la lui vend en se réservant la propriété du sol [11], ou lorsqu'il vend à autrui son fonds, sans la superficie qu'il se réserve [12].

2. Le droit de superficie s'acquiert encore par acte de *dernière volonté* (*superficies legata*), mais jamais par usucapion ; car, dans ce cas, on usucape en même temps le sol et il ne peut plus être question de droit de superficie (*jus in superficie*) [13].

Le droit de superficie s'éteint par les mêmes causes que l'emphytéose, sans que néanmoins les principes sur la privation de l'emphytéose (§ 334, n° 6) puissent recevoir ici leur application [14].

---

[1] Fr. 3, § 7, D. XLIII, 17.
[2] Fr. 1, pr. D. XLIII, 18 : « — *ex lege locationis.* »
[3] Fr. 10, D. X, 2. — fr. 1, § 7, D. XLIII, 18.
[4] Fr. 16. § 2, D. XIII, 7.— fr. 9, § 1, D. XX, 1. — fr. 15, D. XX, 4.
[5] Fr. 1, § 9. D. XLIII, 18.
[6] Fr. 1, § 3, 4. D. XLIII, 18. — fr. 74, D. VI, 1, — fr. 12, § 3, D. VI, 2.
[7] Fr. 1, pr. D. XLIII, 18. — fr. 3, § 7, D. XLIII, 17.
[8] Fr. 1, § 5, D. XLIII, 16. — fr. 2, D. XLIII, 26. — Savigny, *Besitz*, § 47.
[9] D'après la règle connue : *qui habet commoda, debet ferre onera*. fr. 7, § 2, D. VII, 1.
[10] Fr. 39, § 5, D. XXX. — fr. 15, D. XX, 4. — fr. 73, § 1 ; fr. 74, 75, D. VI, 1.
[11] Fr. 73, § 1 ; fr. 74, D. VI, 1. — fr. 1, § 1, D. XLIII, 18.
[12] Fr. 44, § 1 in fine, XLIV, 7. Dans ce cas, la propriété de la superficie passe également à l'acheteur du fonds (*superficies transit, quæ natura solo cohæret*). mais le vendeur conserve un *droit sur la superficie*.
[13] Fr. 26, D. XLI, 3.
[14] Il est des auteurs qui, à cause du fr. 15, D. XX, 4, soutiennent le contraire pour le cas de non-paiement de la redevance; mais ce passage ne parle que du droit qu'a le propriétaire du sol d'être préféré à celui auquel le superficiaire a engagé la superficie.

CHAPITRE VI.

DES DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE [1].

TITRE Ier.

NOTION ET NATURE GÉNÉRALE DES DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE.

§ 338. I. *Notion.*

Les droits de gage et d'hypothèque (*pignus, hypotheca, obligatio rei*) sont des droits réels [2] qu'un créancier a sur la chose d'autrui [3], pour sûreté de sa créance, et dans le but de pouvoir, au besoin, l'aliéner pour se faire payer. Lorsque le créancier obtient en même temps la possession de la chose qui forme l'objet de son droit, il a un *gage* (*pignus* dans le vrai sens) qui s'entend principalement d'une chose mobilière; s'il n'en a pas la possession, il a une *hypothèque* [4]. Les mêmes principes s'appliquent en général à ces deux espèces de droits [5]; la chose engagée s'appelle aussi, en droit romain, *res obligata, supposita, obnoxia* [6].

§ 339. II. *Des conditions du gage et de l'hypothèque.*

A. Une créance.

Les droits de gage et d'hypothèque sont, d'après leur nature, des droits purement accessoires; ils supposent donc toujours l'existence d'une créance à laquelle ils doivent servir de garantie [7]. La nature de cette créance, qu'elle soit civile ou naturelle, son but, la personne obligée, son existence présente ou future seulement, importent d'ailleurs peu [8]; néanmoins, l'efficacité des droits de gage et d'hypothèque se règle, en général, d'après celle de la créance qu'ils doivent garantir [9].

§ 340. *B. Une chose propre au gage.*

Toutes les choses qui donnent une garantie au créancier et qui peuvent être aliénées, sont propres à former l'objet du gage ou de l'hypothèque [10]. Sous ces conditions, les choses corporelles de toute espèce, ainsi que les choses incorporelles, peuvent être valablement engagées ou hypothéquées. Au nombre des choses incorporelles qui peuvent faire l'objet du gage ou de l'hypothèque, on doit compter :

1. Les servitudes; ainsi, non-seulement le propriétaire d'une chose peut donner à son

---

[1] SOURCES : Paul, *Sent. rec.* lib. II, tit. 13. — Dig. XX. — Cod. VIII, 14-35.

BIBLIOGRAPHIE :

Sur le droit ancien : Fr. C. Conradi, *Diss.* t, II, *de pacto fiduciæ.* Helmstad. 1732, 1733, et dans ses *Script. minor.* ed. Lud. Pernice. Halæ, 1823, vol. I, p. 177. — C. P. H. Trierbach (pr. Müller), *Historia jur. civ. de pignoribus*, sect. 1. Lips. 1714. — H. A. Zachariæ, *Comm. de fiducia*, cap. 4. Gothæ, 1830. — J. G. Stass, *De contractu fiduciæ.* Leodii, 1824.

Sur le droit nouveau : Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. IX, cap. 20. — Le même, *Comment. ad Cod. lib. VIII, tit.* 14-35. *Oper.* t. IX, p. 1009. — J. H. C. Erxleben, *Principia de jure pign. et hypothecarum.* Gœtt. 1779. — F. C. Gesterding, *Die Lehre vom Pfandrechte nach Ræm. Rechte.* Greiswald, 1816. — Glück, *Comm.* 14e part. § 831-875, 18e, 19e part. § 1074-1105.—M. F. Minguet. *Diss. hist. jur. de pignoribus et hypothecis apud Romanos.* Gandavi, 1826.

[2] Le droit de gage et d'hypothèque est ordinairement un droit *réel* (*jus in re*); mais seulement lorsqu'une chose corporelle en forme l'objet; le droit de gage conféré sur une créance conserve plutôt sa nature d'obligation.

[3] On n'a donc pas réellement de droit de gage et d'hypothèque sur sa propre chose. fr. 45, pr. D. L, 17. — fr. 29, D. XIII, 7. — fr. 33, § 5, D. XLI, 3. — fr. 9, pr. D. XX, 6.

[4] Cicéron, *Ad dicos*, XIII, 56; *de Officiis*, III, 14. — Isidore, *Origines*, III, 25.

[5] § 7. J. IV, 6. — fr. 5, § 1, D. XX, 1. — fr. 9, § 2, D. XIII, 7. — fr. 238, § 2, D. L, 16.

[6] Par exemple, fr. 11, § 6, D. XIII, 7. — Const. 6, C. VIII, 17. — Const. 6, § 2, C. V, 9.

[7] Fr. 5; fr. 25, D. XX. 1.—Const. 1, 2, C. VIII. 33.

[8] Fr. 5, pr. § 2, D. XX, 1. — fr. 9, § 1, D. XIII, 7. — fr. 14, § 1, D. XX, 1 : « Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constitit. » — Const. 2, C. VIII, 31 : « Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. » On interprète de diverses manières ce dernier passage.

[9] Fr. 2, D. XX, 3. — fr. 33, D. XX, 1. Les opinions sont très-divisées quant à l'efficacité des droits de gage et d'hypothèque accordés pour sûreté d'une obligation naturelle.

[10] Fr. 9, § 1, D. XX, 2. — Dig. XX, 3. — Cod. VIII, 17. — Glück, *Comm.* t. XIX, § 1091.

créancier, comme garantie, l'usufruit de la chose [1], mais l'usufruitier lui-même peut hypothéquer son usufruit; dans ce cas cependant, le créancier n'acquiert pas le droit d'usufruit lui-même, mais seulement la faculté de percevoir les fruits aussi longtemps que dure le droit de l'usufruitier [2]. Des servitudes réelles ne peuvent au contraire être hypothéquées sans le fonds dominant [3]; rien n'empêche cependant le propriétaire d'un fonds de constituer à son créancier, pour gage de sa créance, une servitude rurale, même sous la condition que celui-ci, s'il n'est point payé, pourra vendre la servitude à un autre voisin [4].

2. Lorsqu'une créance est donnée en gage, le créancier, s'il n'est point payé, peut, au moyen de son droit, demander l'aliénation de la créance ou intenter en nom propre une action utile. Si c'est une somme d'argent qui forme l'objet d'une créance donnée en gage, il la retient jusqu'à concurrence du montant de sa demande; si c'est au contraire une chose corporelle qui est l'objet de la créance, il la reçoit *pignoris loco* [5].

3. Enfin, le créancier peut à son tour engager le droit d'hypothèque ou de gage qu'il a sur une chose, et dans ce cas, le créancier du créancier (*creditor creditoris*) a de préférence à celui-ci un privilége sur la chose pour se faire payer [6].

§ 341. III. *De l'étendue du gage et de l'hypothèque.*

Le droit de gage et d'hypothèque est, d'après son objet et son étendue, ou *général* (*pignus generale*) ou *spécial* (*pignus speciale*) [7].

Le *pignus generale s. hypotheca omnium bonorum* n'existe que lorsque tout le patrimoine du débiteur est engagé; ce droit général s'étend, si aucune convention contraire n'a été faite, aux biens futurs que le débiteur acquiert après la constitution du gage ou de l'hypothèque, il comprend les choses de tout genre et de toute espèce qui font partie du patrimoine du débiteur, comme si elles avaient été désignées séparément et engagées spécialement; il s'établit par conséquent aussi sur les choses possédées par des tiers [8].

Le *pignus speciale* a lieu :

1. Lorsqu'une ou plusieurs choses particulières sont engagées. Dans ce cas, le droit de gage ou d'hypothèque affecte chaque chose individuelle, et passe, avec elle, entre les mains de tout acquéreur [9].

2. Lorsqu'il a pour objet une universalité de choses (*universitas rerum*). Si celle-ci consiste en choses qui, d'après leur destination, sont soumises à un échange et à un trafic continuel, par exemple, en un magasin, toutes les choses individuelles qui en sont vendues se trouvent affranchies du gage ou de l'hypothèque [10]. Mais, d'un autre côté, tout ce qui y est ajouté par la suite, soit par production, soit par achat, fera partie du gage, aussi longtemps que l'universalité se trouve dans les mains du débiteur; car, du moment où elle passe à ses héritiers, le droit de gage ou d'hypothèque s'étend encore, il est vrai, à toutes les choses individuelles qui y sont soumises et à ses productions, mais nullement aux acquisitions faites par les héritiers, et dans le cas du successeur à titre particulier, le gage ou l'hypothèque ne comprend même pas les productions [11].

3. Lorsqu'une partie d'un patrimoine se trouve engagée (*pars quanta* ou *pars quota*) [12].

Quelquefois on voit, qu'indépendamment d'une hypothèque générale, le débiteur affecte spécialement au paiement de la dette une chose

[1] Fr. 11, § 1; fr. 15, pr. D. XX, 1.

[2] Fr. 11, § 2; fr. 15, pr. D. XX, 1. — fr. 8, pr. D. XX, 6.

[3] Fr. 16, D. VIII, 1. — fr. 44, D. XIX, 2.

[4] Fr. 11, § 3; fr. 12, D. XX, 1. On explique néanmoins de diverses manières le fr. 12 cité. *V.* Glück, *Comm.* t. XIV, p. 24; t. XIX, p. 207.

[5] Fr. 18, pr. D. XIII, 7. — fr. 13, § 2; fr. 20, D. XX, 1. — Const. 4. C. VIII, 17. — Const. 7, C. IV, 39. — Const. 2, C. IV, 15. — J. H. Bohn, *De nominis pignore.* Gœtt. 1818. — E. Th. Gaupp, *De nominis pignore.* Berol. 1820. — Huschke, *De pignore nominis.* Gœtt. 1820.

[6] Fr. 13, § 2, D. XX, 1. — fr. 14, § 3, D. XLIV, 3. — Const. 1, 2, C. VIII, 24.

[7] Les opinions des auteurs sont très-diverses sur les notions de *pignus speciale* et *generale*. *V.* G. A. Merz (præs. Schrader), *De vera indole divisionis hypothecarum in generales et speciales.* Tübing. 1818. — G. L. Caplik, *De generalis specialisque hypothecæ discrimine.* Gœtt. 1820. — Ensuite : Baumbach, *Vertheidigung einer florentinischen Leseart in L. 2, D. qui potiores sunt pignore,* ou *Défense d'une leçon florentine, dans la loi 2, D. qui potiores sunt in pignore.* Jenæ, 1820.

[8] Fr. 1, pr.; fr. 15, § 1; fr. 34, § 2, D. XX, 1. — Const. 9, C. VIII, 17. — Const. 8, § ult. C. V, 9. — Ce point est très-débattu entre les auteurs.

[9] Fr. 18, § 2, D. XIII, 7. — Const. 12, C. VIII, 28. — Const. 15, C. VIII, 14. Mais le droit ne s'étend pas à ce qui a été acheté avec le prix de vente de la chose engagée. fr. 7 in fine, D. XX, 4. — Const. 3, C. VIII, 15.

[10] Fr. 34, pr. D. XX, 1.

[11] Fr. 13, pr.; fr. 26, § 2; fr. 29, pr. § 1, D. XX, 1, — Const. 3, C. VIII, 15.

[12] Par exemple, const. 1, C. VI, 43. — Nov. 108, ch. 2.

qui fait partie du patrimoine hypothéqué : dans ce cas, si le patrimoine n'est engagé qu'en ordre subsidiaire, le créancier doit commencer à s'en tenir à la chose spécialement engagée [1]; au contraire, lorsque le gage spécial suit l'hypothèque générale, le droit du créancier n'est pas restreint comme dans le cas précédent. De même, si l'hypothèque spéciale s'étend à plusieurs choses individuelles, le créancier a le choix, si aucune convention particulière n'est intervenue, de poursuivre son droit sur la chose qui lui convient le mieux [2].

TITRE II.

DE LA CONSTITUTION DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

§ 342. I. *Par la volonté des particuliers.* A. *Conditions.*

Le droit de gage et d'hypothèque peut s'établir par la volonté des parties, qui ne peuvent en affecter que les choses dont elles sont propriétaires ou dont, tout au moins, elles ont la libre faculté de disposer; sous cette condition, il leur est libre d'engager la chose, soit pour leur propre dette, soit pour celle d'autrui [3]. De la même manière, le copropriétaire peut engager sa part de la chose commune [4], et l'on peut même affecter d'un droit de gage ou d'hypothèque la chose d'autrui, du consentement du propriétaire [5] ou avec sa ratification [6], ou pour le cas où l'on en deviendrait soi-même propriétaire [7]. Le gage de la chose d'autrui devient valable chaque fois que le débiteur en devient propriétaire par la suite [8]. Mais le gage et l'hypothèque deviennent-ils valables, parce que le propriétaire de la chose devient, par la suite, héritier du débiteur qui a constitué le gage ou l'hypothèque? C'est là une question débattue; l'opinion affirmative paraît cependant mériter la préférence [9]. D'ailleurs les mêmes formalités exigées, dans certains cas, pour aliéner une chose, le sont aussi pour l'affecter d'un droit de gage ou d'hypothèque [10].

§ 343. B. *Du mode de constitution.*

Le gage et l'hypothèque librement consentis peuvent être établis :

1. Par *convention;* le *contractus pigneratius* a lieu dans le cas du gage et le *pactum hypothecæ* dans le cas de l'hypothèque. Le premier exige, pour faire acquérir le droit réel, la tradition de la chose; le second existe sans tradition [11].

2. Par *disposition testamentaire;* le droit réel est acquis, dans ce cas, au moment même de la mort du testateur [12]. L'intention d'affecter une chose d'un droit de gage ou d'hypothèque, peut d'ailleurs être, dans l'un comme dans l'autre cas, expresse ou tacite. L'intention tacite résulte de faits qui n'admettent d'autre explication que celle de vouloir grever la chose d'un gage ou d'une hypothèque [13].

---

[1] Fr. 15, § 1, D. XX, 1. — Const. 9, C. VIII, 28. — Const. 2, C. VIII, 14. — J. Ch. Koch. *Diss. de concursu hypothecæ specialis et generalis.* Giess. 1782. — Glück, *Comm.* t. XVIII, p. 235.

[2] Fr. 8, D. XX, 5.

[3] Fr. 2, D. XIII, 7. — Const. 2, 6, C. VIII, 16. — fr. 5, § 2, D. XX, 1.

[4] Const. un. C. VIII, 21. — fr. 3, § 2, D. XX, 4. — fr. 7, § 4, D. XX, 6.

[5] C'est ce qui arrive *tacitement,* lorsqu'il se porte caution pour le débiteur qui engage; fr. 5, § 2, D. XX, 2, ou lorsque, par un silence qui tient de la fraude, il se tait sur le gage ou l'hypothèque dont sa chose est affectée. fr. 41 in fine, D. XIII, 7. — Const. 2, C. VIII, 16.

[6] Fr. 20, pr. D. XIII, 7. — fr. 16, § 1, D. XX, 1.

[7] Fr. 16, § 7, D. XX, 1.

[8] Fr. 41, D. XIII, 7. — Const. 5, C. VIII, 16. Mais on suppose que le créancier gagiste était de bonne foi; car autrement il n'a qu'un droit de rétention. fr. 1, pr. in fine, D. XX, 1.

[9] Fr. 41, D. XIII, 7 comparé avec le fr. 22, D. XX, 1. On peut invoquer, pour l'opinion affirmative, outre le fr. 22 cité, l'analogie de la const. 5, C. VIII, 16, et de la const. 14, C. III, 32.

[10] Fr. 1-3, D. XXVII, 9. — Const. 22, C. V, 37. — Const. 22, C. V, 70. — Const. 1, C. V, 71.

[11] § 7 in fine, J. IV, 6. — fr. 1, pr. D. XIII, 7. — fr. 4, D. XX, 1.

[12] Fr. 26, pr. D. XIII, 7. — fr. 12, D. XXXIV, 1. — Musset, *De jure pignoris legato,* spec. 1, 2. Heidelb. 1810, 1811.

[13] Par exemple, fr. 5, § 2, D. XX, 1. — Const. 9, C. VIII, 17. Mais la const. 5, C. IV, 65, ne peut pas être donnée comme exemple. — Le droit de gage ou d'hypothèque conventionnel tacite ne doit pas être confondu avec ce que les Romains appellent *pignus tacitum* (§ 347).

§ 344. C. *De l'époque à laquelle il commence* [1].

Le droit de gage ou d'hypothèque conventionnel commence au moment même où la chose est engagée, ou au moment de l'existence de la dette [2]. Celui qui est donné par testament n'a d'effet qu'au moment de la mort du testateur, quand même la dette remonterait à une époque antérieure. Si la dette n'existait pas encore au moment de la mort du testateur, le droit réel n'aurait d'effet que du moment de la naissance de la dette [3].

§ 345. D. *Des obligations qu'il garantit.*

Le gage et l'hypothèque librement consentis garantissent non-seulement l'obligation principale, mais encore les intérêts, les frais de justice faits par le créancier et les impenses nécessaires et utiles [4], de même que les intérêts conventionnels et la clause pénale stipulés *avant* la constitution du droit [5]. Mais le gage ou l'hypothèque établi expressément pour sûreté du capital seulement, ou les intérêts ou une partie de la dette, ne garantit aussi que ces obligations seules [6].

§ 346. II. *Par disposition judiciaire.*

Les droits de gage et d'hypothèque peuvent également être établis, contre la volonté du propriétaire, par disposition judiciaire. Ils peuvent l'être de deux manières :

A. Par l'envoi, fait par le préteur, du créancier dans les biens du débiteur, sans qu'aucune sentence définitive ait précédé (*missio creditoris in bona debitoris*) [7]. Dans cette catégorie rentrent les cas suivants :

1. L'envoi *damni infecti causa*, pour sûreté du dommage que la ruine d'une maison voisine pourrait occasionner [8].

2. L'envoi *legatorum servandorum causa*, pour sûreté d'un legs fait sous condition ou à terme [9].

3. L'envoi *ventris in possessionem*, c'est-à-dire l'envoi de la veuve du testateur en possession des biens de la succession, pour assurer les droits de l'enfant posthume [10].

4. Enfin, l'envoi *rei servandæ causa*, qui a lieu lorsque le défendeur ne comparaît point dans le délai fixé pour la litis-contestation [11]. Les droits de gage et d'hypothèque constitués ainsi par l'envoi dans les biens fait par le préteur, s'appelle *pignus prætorium* [12].

B. Par la *pignoris capio*, lorsque le préteur fait mettre à exécution une sentence qui a acquis force de chose jugée; c'est ce qu'on appelle *pignus ex causa judicati captum* [13]. Les modernes le nomment *pignus judiciale*.

§ 347. III. *Par disposition légale.*

Enfin, dans beaucoup de cas, les droits de gage et d'hypothèque ont directement pour base une disposition de la loi ; ils sont attachés de plein droit à une créance, aussitôt qu'elle existe et sans qu'il ait été expressément constitué pour en assurer le paiement [14]. Ce droit, les Romains le nomment *pignus quod tacite contrahitur* [15], ou bien *tacita hypotheca* [16]; les modernes l'appellent *pignus legale*

[1] C. Hepp, *Diss. qua inquiritur ex quo tempore hypotheca bona debitoris afficiat*. Lipsiæ, 1825. — Cpr. aussi A. De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore*. Regiom. 1829, p. 57 seq.

[2] Fr. 1 ; fr. 9 ; fr. 11 ; fr. 12, § 2, D. XX, 4. — fr. 4, D. XX, 3. — Glück, *Comm*. t. XIX, p. 332 et suiv.

[3] A quelle époque commence le droit de gage ou d'hypothèque conféré sur une chose dont le débiteur engageant n'acquiert la propriété que postérieurement à la constitution du gage ou de l'hypothèque? fr. 1, pr. D. XX, 1. — fr. 3, § 1 ; fr. 7, § 1, D. XX, 4.

[4] Fr. 8, pr. § 5 ; fr. 25, D. XIII, 7. — Const. 6, C. VIII, 14. — fr. 13, § 6, D. XX, 1.

[5] Arg. fr. 54, pr. D. XIX, 2 comparé avec la const. 4, C. IV, 32.

[6] Fr. 11, § 3, D. XIII, 7. — fr. 5, § 1, D. XX, 2.

[7] Fr. 26, D. XIII, 7. — fr. 3, § 1, D. XXVII, 9.

[8] Dig. XXXIX, 2.

[9] Dig. XXXVI, 4. — Code, VI, 54. — Cet envoi n'a plus lieu depuis que les légataires ont une hypothèque légale pour sûreté de leur legs (§ 348). Const. 1, 3, C. VI, 43.

[10] Dig. XXXVII, 9.

[11] Fr. 2, D. XLII, 4.

[12] Dans le droit romain postérieur, depuis l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*, les envois en possession, de même que la *pignorum capio* furent faits non-seulement par le préteur, mais encore par tout autre juge. Cependant l'ancien nom *pignus prætorium* fut conservé. Code, VIII, 22.

[13] Fr. 31. 58, D. XLII, 1. — fr. 50, 74, § 1, D. XXI, 2. — fr. 10, D. XX, 4. — Code, VIII, 23 ; VII, 53. — Chr. G. Küstner, *Diss. de pignore in causa judicati capto*. Lips. 1744.

[14] Dig. XX, 2. — Code, VIII, 15.

[15] La raison en est, que dans tous les cas, où ce droit a lieu, il est regardé comme convention tacite (*quasi id tacite convenerit*). fr. 3; fr. 4, pr. ; fr. 7, pr. D. XX, 2. — Const. 1, C. VI, 43.

[16] Const. unica, § 1, C. V, 13.

(*hypothèque légale*). L'usucapion ne peut faire naître aucun droit de gage ni d'hypothèque [1].

§ 348. A. *Des droits de gage et d'hypothèque légaux généraux* [2].

Les gages et hypothèques établis par la loi sont *généraux* ou *spéciaux*.

Ont un gage et une hypothèque généraux :

1. Le fisc, pour les impôts arriérés, sur les biens des sujets, à dater du jour où les impôts sont échus [3]; ensuite, sur les biens de ses administrateurs, du jour où ils sont entrés en fonctions; enfin, sur les biens de tous ceux qui ont contracté avec lui, pour les obligations résultant du contrat [4].

2. L'époux, à raison de la dot promise, sur les biens de celui qui en a fait la promesse, du jour de la célébration du mariage; si la promesse n'était pas faite à cette époque, le droit de l'époux ne commence que du jour de la promesse [5].

3. L'épouse, ses héritiers et son père, sur les biens de l'époux, pour assurer la restitution de la dot; leur droit commence au jour de la célébration du mariage, si, à cette époque, la dot a déjà été constituée; sinon, du jour de sa constitution; il en est de même de l'augmentation de la dot, du jour où elle a été majorée [6]; ensuite, à raison de la donation à cause des noces (*donatio propter nuptias*), sur les biens de celui qui l'a promise [7]; enfin, la femme a les mêmes droits à raison de ses biens paraphernaux (*parapherna*), sur les biens de l'époux, du jour où elle lui en a laissé l'administration [8].

4. Les enfants d'un premier lit, sur les biens du mari de leur mère, pour garantie des demandes à former contre celle-ci du chef de la gestion de leur tutelle; leur droit commence du jour où elle a contracté le second mariage [9].

5. Les enfants, sur les biens de leur père ou de leur mère, pour assurer les droits qu'ils ont sur les *lucra nuptialia* de l'un ou de l'autre, dont la propriété leur appartient, soit lors de la dissolution du mariage de leurs parents, soit lorsque le parent qui les a acquis convole à un second mariage, et perd, par là, la propriété de ces biens qui sont dévolus aux enfants. Ce droit de gage et d'hypothèque a lieu, dans le premier cas, à la dissolution même du mariage; dans le second cas, non au moment de la célébration du second mariage, mais du moment où le parent qui se remarie a acquis la propriété des *lucra nuptialia* qui passent aux enfants [10].

6. Les enfants, sur les biens de leur père qui administre leur fortune provenant de leur mère ou de leurs ascendants maternels (*bona materna et materni generis*); leur droit est né au temps où le père en a pris l'administration [11].

7. Les impubères, les mineurs et les fous, sur les biens de leurs tuteurs et curateurs, pour les obligations résultant de la gestion de la tutelle, à compter du jour où elle a été prise ou aurait dû être prise [12].

8. Celui qui acquérait un legs laissé à un

---

[1] J. B. Wankel, *Diss. de pignore usucapto*. Giess. 1766. — E. G. Schmidt, *Der Erwerb des Pfandrechts durch Verjaehrung*, ou *De l'acquisition du gage et de l'hypothèque par usucapion*. Jena, 1788. Ces deux auteurs sont d'une opinion contraire; mais que l'on voie : Thibaut, *Von der Verjaehrung*, ou *De la prescription*, § 37. — Unterholzner, *Verjaehrungslehre* ou *De la prescription*, t. II, § 247, 248.

[2] Sur les hypothèques légales, *v.* T. A. Meissner, *Vollstaendige Darstellung der Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte*, ou *Exposé des droits de gage et d'hypothèques légaux*, 2. part. Leipz. 1803 et 1804. — Glück, *Comm.* t. XVIII, XIX, § 1086-1089. — C. A. H. Michiels van Verduynen, *Diss. de hypothecis legalibus in jure romano*. Leodii, 1824.

[3] Fr. 5, § 2, D. L, 15. — Const. 1, C. IV, 46. — Const. 1, C. VIII, 15. — A. De Buchholtz, *Qui potiores sunt in pignore*. Regiom. 1829, p. 41.

[4] Fr. 46, § 3; fr. 47, pr. D. XLIX, 14. — Const. 2, 3, C. VII, 73. — Const. 2. C. VIII, 15.

[5] Const. unica, § 1, C. V, 13.

[6] Const. unica, § 1, C. cit. — Const. 19, C. V, 3. — § 29, J. IV, 6.

[7] Nov. 109, ch. 1.

[8] Const. 11, C. V, 14.

[9] Const. 2, C. V, 35. — Const. 6, C. VIII, 15.

[10] Const. 6, § 2; const. 8, § 4, 5, C. V, 9. — Nov. 22, ch. 24. — Nov. 98, ch. 1, 2.

[11] Ce point est néanmoins très-controversé. L'opinion générale se base sur la const. 8, § 1, 2, 4, C. VI, 61. — Glück, 19e part. p. 134. — Thibaut, *System*, § 643. — Ceux qui défendent l'opinion contraire prétendent que la const. 6, § 4 citée n'entend parler que des *lucra nuptialia*.

[12] Const. 20, C. V, 37. — Const. unica, § 1, C. V, 13. — Const. 7, § 5, C. V, 70. — Nov. 118, ch. 5 à la fin. — Henr. God. Bauer, *Diss. ex quo tempore tacita hypotheca pupilli bona tutoris afficiat*. Lips. 1761. — T. van Wessel, *Diss. de bonis tutorum tacita hypotheca devinctis*. Traj. ad Rhen. 1805. — Les prodigues, les malades et les personnes faibles, de même que les absents, n'ont aucune hypothèque légale sur les biens de leur curateur; ils ont, à l'exception des absents, un *privilegium exigendi*, fr. 19-23, D. XLII, 5. — Biben, *Diss. de legati pupillorum et eorum, quibus bonis interdictum est, hypotheca*, Groen. 1819, est d'une opinion contraire.

veuf ou à une veuve, soit par l'époux décédé lui-même, soit par un tiers, sous la condition de ne pas se remarier, a, si cette condition n'est pas observée et du moment où elle est enfreinte, un droit de gage et d'hypothèque sur les biens du veuf ou de la veuve [1].

9. L'église, sur les biens de l'emphytéote pour les détériorations occasionnées à l'emphytéose à partir du moment où elles ont eu lieu [2].

§ 349. B. *Des droits de gage et d'hypothèque légaux spéciaux.*

Ont un droit de gage et d'hypothèque légal spécial :

1. Le bailleur d'un héritage urbain qui comprend non-seulement tout bâtiment, mais encore tout lieu vide et non destiné à la culture, à raison de ses droits résultant du contrat de louage, sur toutes les choses que le preneur apporte sur l'héritage loué (*invecta et illata*) ; son droit existe au moment de l'apport [3].

2. Le bailleur d'un héritage rural qui ne comprend que les fonds destinés à la culture, sur les fruits perçus par le fermier, du jour de la perception [4]. Ces deux mêmes droits appartiennent au sous-bailleur, sans que les droits du premier bailleur puissent en aucune façon être restreints [5].

3. Celui qui a fourni de l'argent pour reconstruire un bâtiment (*ad restitutionem ædium*) a un droit de gage et d'hypothèque spécial sur le bâtiment rétabli et sur l'héritage qui le porte (*pignus insulæ*) ; mais il faut, pour exercer ce droit, que l'argent ait été expressément donné pour la reconstruction du bâtiment, peu importe d'ailleurs qu'il y ait réellement été employé ou non. Ce droit prend naissance dès que l'on commence à reconstruire [6], et ne peut être invoqué par celui qui a fourni de l'argent pour la construction d'un bâtiment entièrement nouveau, ni par celui qui n'a fourni que les matériaux ou son travail [7].

4. Les pupilles, sur la chose que le tuteur ou un tiers a achetée avec leur argent [8] ; mais il est requis que cet argent n'ait pas été donné au tuteur ou au tiers à titre de prêt ; car, dans ce cas, le pupille n'exercerait un droit de gage ou d'hypothèque qu'autant que celui-ci aurait été stipulé [9].

5. Les légataires et les fidéicommissaires, pour sûreté de leur legs et de leur fidéicommis, ont une hypothèque sur les biens que celui qui est chargé du legs et du fidéicommis a reçus du testateur : mais ce droit ne s'étend pas sur les propres biens du grevé. Si le legs ou le fidéicommis est imposé à plusieurs, le droit de gage et d'hypothèque s'applique, pour la partie du legs que chacun doit supporter, sur les biens que le testateur lui a laissés [10].

---

[1] Nov. 22, ch. 44, § 2, 8. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la nature légale de ce droit de gage et d'hypothèque.

[2] Nov. 7, chap. 3, § 2.

[3] Fr. 2-9, D. XX, 2. — fr. 32, D. XX, 1. — fr. 11, § 2, D. XX, 4. — Const. 5, C. IV, 65. — Const. 5, C. VIII, 15.

[4] Fr. 7, pr. D. XX, 2. — fr. 24, § 1, D. XIX, 2.

[5] Fr. 11, § 5, D. XIII, 7. — fr. 24, § 1 ; fr. 53, D. XIX, 2.

[6] Fr. 1, D. XX, 2. — fr. 24, § 1, D. XLII, 5. — fr. XI, D. XIII, 7. Mais pour donner lieu au droit de privilége et d'hypothèque en même temps, il faut bien prouver que l'argent a été employé au but auquel il était destiné. Nov. 97, chap. 3.

[7] Car il n'a un droit d'hypothèque sur le bâtiment que lorsqu'il l'a stipulé. *V.* plus loin, le § 355.

[8] Fr. 7, pr. D. XX, 4. — fr. 3, pr. D. XXVII, 9. — Const. 5, C. VII, 8. — Il y a beaucoup d'auteurs qui accordent aussi ce droit aux *mineurs*, à cause du fr. 2, D. XXVI, 9 et de la const. 3, C. V, 51. — Glück, *Comm.* 19e part. p. 47, 288. Mais *v.* A. De Buchholtz, *Comm. qui potiores sunt in pignore*, p. 36.

[9] Const. 17, C. VIII, 14.

[10] Const. 1, 3, C. VI, 43. — Nov. 108, ch. 2. — Becker, *De actione hypothecaria legatariis ex L. I. C. communi de leg. contra coheredes competente non ipso jure divisa.* Gryph. 1768, et Glück, *Comm.* 19e partie, p. 179 et suiv. Ces deux auteurs prétendent que ce droit de gage et d'hypothèque n'a pas lieu au *prorata* sur la part de chacun des cohéritiers, mais que, dans ce cas, aussi bien que dans tous les autres, il est indivisible.

TITRE III.

DES EFFETS DES DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE.

§ 350. I. *Généralités.*

A. *Des droits du débiteur.*

Celui qui, pour sa propre dette ou pour celle d'un tiers, a concédé à un autre un droit de gage ou d'hypothèque sur sa chose, en demeure propriétaire comme auparavant [1]; en conséquence :

1. Il peut se servir de la chose donnée en gage ou grevée d'hypothèque et en percevoir les fruits, à moins que, par une convention toute particulière, il n'ait transféré au créancier le droit de percevoir les fruits de la chose pour tenir lieu d'intérêts. Une pareille convention s'appelle ***antichrèse*** (***antichresis***) [2] et peut être arrêtée expressément aussi bien que tacitement. Elle a lieu tacitement, lorsqu'on donne au créancier pour gage ou pour hypothèque, la possession d'une chose qui porte des fruits; dans ce cas, le créancier a le droit de retenir ces fruits jusqu'à concurrence des intérêts légaux, quand même ils n'auraient pas été convenus d'avance [3].

La question de savoir : si, et dans quels cas, le créancier qui reçoit une chose à titre d'antichrèse, doit rendre compte des fruits perçus, et imputer sur le capital ce qui surpasse les intérêts légaux, doit être résolue de la manière suivante : il faut distinguer :

a. Si le débiteur a donné pour gage au créancier qui lui a prêté un capital sans intérêts, une chose qui porte des fruits, celui-ci peut retenir ces derniers jusqu'à concurrence des intérêts légaux ; il doit donc, dans ce cas, rendre toujours compte.

b. Mais si l'on a donné, pour une dette qui porte intérêt, expressément une antichrèse au créancier, il faut distinguer trois cas :

α. L'on donne au créancier, pour intérêts, les fruits ***naturels*** de l'héritage affecté; il ne doit alors rendre aucun compte [4]; à moins qu'une convention particulière ne soit intervenue [5], ou que le contrat de l'antichrèse n'ait été conclu que pour cacher une usure [6];

β. L'on a fixé les intérêts; dans ce cas, le créancier doit toujours rendre compte et imputer le surplus sur le capital, parce qu'il est indifférent que le débiteur paie les intérêts comptant, ou qu'il donne au créancier le mandat de les percevoir;

γ. Le débiteur ne donne pas d'intérêts, mais le créancier a l'usage de la chose, par exemple, il habite la maison affectée. Si, dans ce cas, il use par lui-même de la chose, il n'est jamais obligé de rendre compte; mais s'il la loue à d'autres, il y est toujours tenu [7].

2. Le débiteur a encore le droit d'aliéner la chose, si le contraire n'a été convenu [8], mais cette aliénation ne peut éteindre le droit de gage ou d'hypothèque dont la chose est grevée [9]. Néanmoins, le droit romain considère comme un vol, l'aliénation d'une chose mobilière donnée en gage ou spécialement hypothéquée, lorsqu'elle se fait contre la volonté du créancier et sans qu'il en ait connaissance [10].

3. Enfin, le débiteur qui, au moment où il grève la chose, n'en était pas propriétaire, mais qui se trouvait *in conditione usucapiendi*, continue et accomplit l'usucapion pendant tout le temps que la chose est engagée ou hypothéquée [11].

§ 351. B. *Des droits du créancier.*

1. *Généralités.*

D'un autre côté, les droits du créancier sont :

1. D'avoir un droit réel sur la chose donnée

[1] Fr. 35, § 1, D. XIII, 7. — Le fr. 21, § 2, D. XX, 1, en donne une conséquence.

[2] Fr. 11, § 1, D. XX, 1. — fr. 33, D. XIII, 7. — C. Hanker, *Diss. de vera indole et natura antichreseos.* Giess. 1783. — G. E. Wichelhausen, *Analecta quædam ex antichresi collecta.* Gœtt. 1792. — Glück, *Comm.* 14e part. § 870.

[3] Fr. 8, D. XX, 2 : « cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pigneratæ ad modum legitimum usuras retinere. » — Glück, *Comm.* 14e part. p. 50, est d'une opinion contraire, à cause du fr. 7, D. XIII, 7.

[4] Const. 17, C. IV, 32.

[5] Fr. 1, § 3, D. XX, 1.

[6] Const. 26, § 1, C. IV, 32.

[7] Const. 14. C. IV, 32. — Cpr. Hort, *Diss. de distinctione inter fructus certos et incertos in pacto antichretico jure romano non fundata.* Helmst. 1755.

[8] Fr. 7, § 2, D. XX, 5.

[9] Fr. 18, § 2, D. XIII, 7. — Const. 12, C. VIII, 28. — Const. 14, C. VIII, 14. — Nov. 112, c. 1.

[10] Fr. 19, § 6; fr. 66, pr. D. XLVII, 2. — fr. 3, § 1, D. XLVII, 20.

[11] Fr. 16, D. XLI, 3.

en gage ou constituée en hypothèque; le gage conventionnel lui donne, de plus, la possession propre aux interdits (*possessio ad interdicta*) [1]; le gage prétorien lui assure la détention seulement [2], et la simple hypothèque ne lui donne ni possession ni détention.

2. Il a le droit de retenir, jusqu'au paiement intégral de la dette, la chose donnée en gage [3], et comme les droits de gage et d'hypothèque sont des droits réels qui affectent la chose elle-même, il peut les poursuivre contre tout possesseur de la chose (*droit de suite*) [4].

3. Il peut engager à son tour la chose affectée au paiement de sa créance, ou plutôt le droit de gage ou d'hypothèque à lui concédé; c'est de là que naît le *subpignus* [5].

4. Enfin, si dans le temps déterminé, le débiteur n'a pas satisfait à sa dette, le créancier a le droit de vendre la chose et de se faire payer sur le prix de la vente (*jus distrahendi pignus*). Tant qu'il n'a pas été satisfait [6], il conserve ce droit qui peut, il est vrai, être restreint par convention ou par testament [7], mais qui ne peut en aucune façon lui être totalement enlevé; de là vient que la convention par laquelle la vente du gage serait interdite (*ne omnino pignus distrahatur*), est nulle [8]. D'un autre côté, la loi défend la convention par laquelle la propriété de la chose engagée, dans le cas où le débiteur ne paierait pas au temps fixé, appartiendrait de plein droit au créancier sans distraction ni estimation (*lex commissoria s. pactum commissorium*) [9].

§ 352. 2. *De la vente du gage en particulier* [10].

En examinant la vente que le créancier fait de la chose qui lui est donnée en gage ou en hypothèque, deux points doivent être pris en considération : la *forme* de la vente, et ses *effets*.

1. Quant à la forme, le créancier a le droit de vendre la chose sans l'autorisation de la justice [11], en se bornant à l'annoncer publiquement et à en donner connaissance au débiteur. Il doit, en outre, observer les délais de la loi, que le droit romain détermine de la manière suivante :

a) Lorsqu'en constituant le gage ou l'hypothèque, il a été expressément convenu que le créancier, faute d'être payé à l'époque fixée, pourrait vendre la chose (*si pactus est ut distrahatur pignus*), il a le droit de le faire incontinent [12].

b) Lorsqu'aucune clause spéciale n'est intervenue sur la vente de la chose, ou lorsqu'il a été convenu *ne distrahatur pignus*, le créancier était tenu, d'après l'ancien droit, de faire, après l'échéance de la dette, trois avertissements préalables avant de pouvoir vendre la chose [13]. Justinien changea l'ancien droit, et dans sa constitution, il ordonna qu'à défaut de convention spéciale, un seul avertissement suffirait et que deux ans après, le créancier pourrait procéder à la vente [14]. Ainsi, dans le cas où il a été convenu *ne distrahatur pignus*, trois avertissements préalables et deux ans après le dernier, sont encore requis.

c) Lorsque le gage offert en vente ne trouve point d'acheteur convenable, le créancier lui-même peut s'en faire adjuger la propriété par le prince, d'après une valeur à fixer en justice; mais dans ce cas, le débiteur conserve pendant deux ans le droit de réméré [15].

2. La vente de la chose donnée en gage ou en hypothèque, avec les formes et dans les

[1] Fr. 16, D. XLI, 2. — fr. 3, § 15, D. X, 4.

[2] Fr. 3, § 8, D. XLIII, 17. — fr. 3, § 23, D. XLI, 2.

[3] Le créancier use de ce droit de rétention non-seulement pour assurer le paiement de la dette principale, à raison de laquelle la chose est grevée, mais aussi des intérêts et des impenses qu'il a faites pendant sa possession. fr. 8, pr. § 5, D. XIII, 7. — Il peut même user de ce droit pour d'autres dettes, auxquelles la chose n'a pas été affectée, mais seulement contre le débiteur et ses héritiers, et nullement contre d'autres créanciers gagistes postérieurs. Const. un. C. VIII, 27.

[4] Fr. 16, § 3, D. XX. 1. — Const. 14, C. VIII, 14. — Quant aux effets que les droits de gage et d'hypothèque donnent sur les choses incorporelles, *v.* plus haut, le § 339.

[5] Const. 1, C. VIII. 24. — fr. 13, § 2, D. XX, 1.

[6] Const. 6, C. VIII, 28.

[7] Fr. 4, 5, D. XIII, 7.

[8] Fr. 4, D. XIII, 7. — Le créancier ne peut être forcé à vendre le gage. fr. 6, pr. D. XIII, 7. — *V.* plus loin, le § 358.

[9] Const. 3, C. VIII, 35. — Avant la const. 3 citée (de Constantin), le pacte commissoire était permis dans le cas du gage. — Cicéron, *Ad Div.* XII, 56. — fr. 81, pr. D. XVIII. 1. — fr. 16, § 9, D. XX, 1. — Paul, II, 13. — Cf. Ch. G. Riccius, *De pacto commissorio circa pignora*. Jenæ, 1743. — Glück, *Comm.* 14e part. § 869.

[10] Paul, *Sent. rec.* II, 5. — Dig. XX, 5. — Code, VIII. 23, 28, 29, 30, 34.

[11] Const. 4, 9, C. VIII. 28. — Le *pignus ex causa judicati captum* fait seul exception à cette règle. Code, VIII, 23.

[12] § 1, J. II, 8. — Const. 3, § 1, C. VIII, 34.

[13] Paul, V. 1. — fr. 4. 5, D. XIII, 7.

[14] Const. 3, § 1, C. VIII, 34.

[15] Const. 3. § 2-6, C. VIII, 34. — fr. 15, § 3, D. XLII, 1. — Const. 2, C. VIII, 23.

délais voulus par la loi [1], produit les effets suivants :

a) Le créancier peut exiger son paiement intégral du prix de la vente ; le surplus appartient au débiteur [2] ou au créancier gagiste ou hypothécaire suivant [3]. D'un autre côté, le débiteur reste obligé envers le créancier pour le surplus, lorsque le prix de vente n'atteint pas le montant de la dette [4].

b) La propriété du gage vendu passe par tradition à l'acheteur, si le débiteur en avait lui-même la propriété [5] ; elle lui passe libre de tous droits de gage ou d'hypothèque, qui s'éteignent par l'aliénation que le créancier fait de la chose grevée [6].

§ 353. II. *Du concours de plusieurs créanciers gagistes ou hypothécaires.*

A. *De la priorité* [7].

1. *Règle générale.*

Lorsque plusieurs créanciers ont un droit de gage ou d'hypothèque sur la même chose ou sur le même patrimoine [8], et que le prix de vente ne suffit pas pour les payer tous intégralement, il s'agit d'examiner *lequel d'entre eux a une préférence sur les autres.* Il faut ici appliquer la règle que le droit de gage ou d'hypothèque plus ancien prime celui qui lui est postérieur [9].

Cette règle souffre néanmoins les exceptions suivantes :

1. Lorsque le créancier engage à son tour à un autre la chose grevée du gage ou de l'hypothèque ; le créancier du créancier doit, dans ce cas, toujours être préféré [10].

2. Lorsque la dette qui forme l'objet de l'hypothèque postérieure est destinée à préserver de la ruine la chose grevée au profit d'un autre ; l'hypothèque postérieure prime alors l'hypothèque plus ancienne [11].

3. Il est des droits de gage et d'hypothèque auxquels les lois donnent un droit de préférence particulier (*privilegium, jus prælationis*) et qui, par là, priment tous les autres quoique antérieurs (§ 354, 355) [12].

§ 354. 2. *Des hypothèques privilégiées.*

a. *Des hypothèques légales privilégiées.*

Les privilèges que la loi accorde à certaines hypothèques s'étendent à des hypothèques *légales* aussi bien qu'à des hypothèques *conventionnelles* [13].

Parmi les *hypothèques légales* mentionnées aux §§ 348 et 349, les suivantes sont seules privilégiées :

1. Celle du fisc pour les impôts arriérés [14] et les rations militaires [15]. Les droits de gage et d'hypothèque appartenant au fisc sur les biens de ceux qui contractent avec lui, sont, il est vrai, également privilégiés ; mais ce privilège ne peut être opposé aux créanciers hypothécaires antérieurs du débiteur, il n'a lieu que contre ceux dont les droits sont nés en même temps que ceux du fisc ; ce principe trouve surtout son application quant aux biens que le débiteur acquiert postérieurement au contrat fait avec le fisc [16].

2. L'hypothèque de la femme sur les biens

---

[1] Lorsque ces conditions n'étaient pas observées, ou lorsque le créancier n'avait aucun droit de vendre, ou lorsqu'il agissait par dol (*dolose*) au détriment du débiteur, la vente était sans effets et le créancier était tenu des dommages-intérêts. Code. VIII, 30.

[2] Fr. 8, § 5; fr. 24, § 2; fr. 35, pr.; fr. 42, D. XIII, 7. — fr. 9, pr. D. XX, 5. — Const. 3, § 4, C. VIII, 34.

[3] Fr. 12, § 5; fr. 20, D. XX, 4. — Const. 3. § 4, C. VIII, 34.

[4] Const. 3, § 4, C. VIII, 34. — Cpr. Const. 3, 9, C. VIII, 28.

[5] Car le débiteur ne peut, par la vente, transférer à l'acheteur que *le même droit* qu'il avait. Ainsi, s'il n'avait que la possession de bonne foi, il ne peut transmettre la propriété. Arg. fr. 54, D. L, 17.

[6] Const. 13, C. VIII, 28. — Const. 1, C. VIII, 20. — Const. 6. 7, C. IV, 10.

[7] Dig. XX, 4. — Code, VIII, 18. — Nov. 97, ch. 3, 4.

[8] Il faut se garder de confondre ce cas avec celui où la même chose est engagée à plusieurs personnes *en commun* ; chacune d'elles n'a alors droit qu'à sa part et portion. fr. 16, § 8, D. XX, 1.

[9] Fr. 11, pr. § 1; fr. 12, § 2, D. XX, 4. — Const. 8, C. VIII, 18.

[10] Fr. 13, § 2, D. XX, 1. — C. 1, C. VIII, 24.

[11] Fr. 5, 6, D. XX, 4.

[12] On ne peut cependant faire valoir ces privilèges que contre les droits de gage et d'hypothèque postérieurs, que *le même* débiteur ou que la loi a constitués sur la chose, mais nullement contre ceux qui ont été établis par un propriétaire antérieur. Cependant cette question est vivement disputée.

[13] C. L. Ruode, *De historia, indole ac vi remediorum securitatis, quibus jure romano prospectum est creditoribus per privilegia personalia, hypothecas tacitas et privilegia hypothecarum.* Gott. 1794. — Dabelow, *Vom Concurse*, ch. 8, 11. — Schweppe, *Vom Concurse*, §§ 70, 71.

[14] Const. 1, C. IV, 46. — Const. 3, C. VII, 73.

[15] Const. 3, C. XII, 63. — Code Theod. VII, 4. — Code Just. XII, 38.

[16] Fr. 28, D. XLIX, 14. — Const. 2, C. VII, 73. —

du mari, pour sûreté de sa dot [1]. Ce privilége, introduit par Justinien, ne passe pas, comme l'hypothèque elle-même, aux héritiers de la femme ni à ses descendants, comme on le croit communément; il n'appartient pas davantage aux personnes qui peuvent demander la restitution de la dot; la femme qui actionne en restitution de la dot peut seule l'invoquer. Un seul cas forme exception à cette règle : c'est lorsque des enfants d'un premier mariage se trouvent, pour la dot de leur mère, en concours avec la seconde femme de leur père; la loi leur accorde contre cette dernière le *privilegium dotis* de leur propre mère [2]. La fiancée, lorsque le mariage n'a pas eu lieu, ne peut invoquer ce privilége; la raison en est, que l'hypothèque légale pour sûreté de la dot ne commence qu'avec la célébration du mariage, et que jusque-là il ne peut être question de privilége [3]. Toutefois, on ne peut le refuser aux femmes juives [4].

3. L'hypothèque du pupille sur la chose que le tuteur ou un tiers a achetée des deniers pupillaires [5].

4. Enfin, l'hypothèque de celui qui a fourni de l'argent pour la reconstruction d'une maison (*ad restitutionem ædium*), lorsque cet argent y a été réellement employé [6].

§ 355. b. *Des hypothèques conventionnelles privilégiées.*

Parmi les *hypothèques conventionnelles*, toutes celles qui ont pour base une *versio in rem* en faveur de la chose hypothéquée, sont privilégiées. Toutes les fois, en effet, que par une dette hypothécaire, l'on a fait une *versio in rem oppigneratam*, le droit d'hypothèque qui doit la garantir exerce un privilége sur les autres hypothèques légales aussi bien que conventionnelles; mais il ne s'étend pas au delà de la *versio in rem* [7].

A ces cas appartiennent en particulier :

1. L'hypothèque de celui qui, pour l'acquisition d'une chose, pour la construction d'une maison ou pour sa conservation et son amélioration, pour l'équipement d'un vaisseau, pour l'acquisition d'une *militia*, a donné de l'argent ou d'autres choses, par exemple, des matériaux et des gages d'ouvriers, et a stipulé une hypothèque sur la chose; mais il faut que cette convention ait été faite au moment du prêt et que l'emploi ait réellement eu lieu [8].

2. L'hypothèque que le vendeur d'un immeuble s'est réservée, jusqu'au paiement du prix d'achat [9].

§ 356. c. *Du rang des hypothèques privilégiées entre elles.*

Lorsqu'il y a concours entre plusieurs hypothèques privilégiées, elle doivent occuper entre elles le rang suivant :

1. Le fisc, pour les impôts publics et les rations militaires; il prime toutes les autres hypothèques, même antérieures en date [10].

2. Celui qui a donné les fonds pour acheter une *militia*; mais il faut que, par un acte souscrit par des témoins, il se soit réservé la préférence sur les autres créanciers; sans cela il vient après la femme [11].

3. La femme pour la restitution de sa dot;

Frag. veteris Jcti de jure fisci, § 5. Il en est qui professent une opinion contraire, surtout à cause du fr. 21, pr. D. XX, 4.

[1] Const. 12, § 1, C. VIII, 18. — Nov. 97, chap. 2, 3. — Nov. 109, chap. 1.

[2] § 29 in fine, J. IV, 6. — Const. 12, § 1, C. VIII, 18. — Nov. 91, c. 1. — Auth. *Si quid*, C. VIII, 18. — L'opinion commune, qui paraît également avoir prévalu dans la jurisprudence allemande, que le *privilegium dotis* passe, *dans tous les cas*, aux descendants de la femme, est défendue par Kampts, *Revision der Lehre vom Uebergang des Brautschatz-Privilegiums auf die Descendenten der Ehefrau*, Berlin, 1811, et plus tard par Glück, *Comm.* 27e part. p. 170 et suiv., ainsi que par A. De Buchholtz. *Qui potiores sunt in pignore*. Regiom. 1829. p. 16-27.

[3] Les fr. 17, § 1, D. XLII, 5 et fr. 74, D. XXIII, 3, ne parlent que de l'ancien privilége personnel *non exigendi* contre les créanciers non hypothécaires du mari. Il s'entend qu'il appartient également à la fiancée.

[4] Arg. const. 8, C. I, 9. La question est néanmoins débattue.

[5] Fr. 3, pr. D. XXVII, 9. — fr. 7, pr. D. XX, 4. — Const. 6, C. VII, 8.

[6] Fr. 1, D. XX, 2. — fr. 24, § 1, D. XLII, 5. — Nov. 97, ch. 3. — *V.* aussi plus haut, le § 349, no 3.

[7] C'est ce qui a lieu également dans les hypothèques *légales* de cette espèce, indiquées plus haut, § 354, 3° et 4°.

[8] Fr. 5, 6, 21, § 1, D. XX, 4. — Const. 7, C. VIII, 18. — Const. 17, 27, C. VIII, 14. — Nov. 53, chap. 5. — Nov. 97, chap. 3, 4. — J. Rumpel (Pr. J. Ch. Koch), *Diss. de pecunia ad emendum credita privilegiata et non privilegiata*. Giess. 1772. — B. F. Pfizer, *Diss. de pignore privilegiato, quod mutuando ad rem comparandam acquiritur*. Stuttg. 1792.

[9] Arg. const. 7, C. VIII, 18. Le vendeur est regardé ici comme s'il avait donné l'argent pour l'achat de l'immeuble. Glück, *Comment.* 19e partie, p. 311.

[10] Const. 1, C. IV, 46. — Const. 4, C. VIII, 15. — Const. 3, C. XII, 63. — Il en est qui soutiennent que le privilége de la femme mariée l'emporte sur celui du fisc. *V.* Glück, *Comm.* 19e part. p. 269 et suiv. — De Buchholtz, p. 9, 11.

[11] Nov. 97, ch. 4.

elle a pour eet objet un privilége sur tous les autres créanciers privilégiés. Lorsqu'il y a concours entre les droits dotaux de deux femmes, celle du premier mariage et ses enfants priment celle du second [1].

4. Après le fisc et la femme, viennent les créanciers privilégiés qui peuvent prouver que leur créance a été employée à l'utilité de la chose hypothéquée [2]. Entre les hypothèques de ce rang même, la plus ancienne prime les autres, à moins que l'hypothèquo postérieure n'ait été prise pour préserver de la ruine une chose déjà engagée à un autre ; dans ce cas, l'hypothéque postérieure obtient la préférence [3]. Quant à la preuve de l'ancienneté des hypothèques constatées par actes, celui dont le droit est établi par un acte anthentique ou par un acte sous seing privé, signé par trois témoins sans reproche, a la préférence sur celui qui ne prouve son hypothèque que par un acte sous seing privé, quand même elle serait antérieure à l'autre [4].

5. Le fisc, pour ses droits résultant d'un contrat ordinaire, occupe le dernier rang parmi les hypothèques privilégiées (§ 354).

§ 357. 3. *Des hypothèques non privilégiées.*

Après les hypothèques privilégiées, viennent les hypothéques non privilegiées, sans distinguer si elles sont légales, conventionnelles ou testamentaires.

Les règles suivantes détermineront le rang qu'elles doivent occuper entre elles :

1. L'ancienneté décide en premier lieu : l'hypothèque antérieure prime l'hypothèque postérieure [5]. Mais lorsqu'il s'agit de prouver par titre, et de faire valoir, contre les autres créanciers hypothécaires, l'ancienneté de l'hypothéque, celui qui peut prouver sa créance pour sûreté de laquelle il a une hypothèque légale ou conventionnelle, soit par un acte authentique (*ex instrumento publico*), soit par acte sous seing privé portant également la signature de trois témoins irréprochables (*ex instrumento quasi publice confecto*), doit être préféré à celui qui n'apporte pour preuve de son hypothèque qu'un acte sous seing privé [6]. Mais parmi plusieurs hypothèques établies par actes authentiques, la plus ancienne prime de nouveau celle qui lui est postérieure [7].

2. Lorsque l'ancienneté de plusieurs hypothèques est la même, celui qui se trouve en possession de la chose doit aller avant les autres [8].

3. Si aucun d'eux n'est en possession, et toutes choses d'ailleurs égales, ils concourent tous également au *prorata* de leur créance [9].

§ 358. B. *Des droits du créancier premier en rang.*

Le créancier hypothécaire qui, par une raison quelconque, prime un autre créancier, a le droit d'exiger d'être intégralement payé sur la chose hypothéquée, ne dût-il rien rester pour celui qui le suit. Il peut donc, sans l'autorisation de ce dernier, procéder à la vente du gage [10]. Mais le créancier d'un rang postérieur ne peut, en général, sans l'autorisation de celui qui le précède, vendre la chose engagée ou affectée de l'hypothèque, à moins que ce dernier ne soit par là intégralement payé [11].

§ 359. C. *Des droits du créancier postérieur.* Jus offerendi.

Le créancier d'un rang postérieur peut éviter d'entrer en concours avec celui qui le précède,

[1] Const. 12, § 1, C. VIII, 18. — Nov. 91, chap. I. — Nov. 97, chap. 3. — Nov. 109, chap. I. — § 29, J. IV, 8.

[2] Nov. 97, chap. 3. 4.

[3] Fr. 5. 6, D. XX, 4. — *V.* plus haut, le § 355, nº 2.

[4] Const. 11, C. VIII, 18. — Auth. *Si quis vult*, C. ibid. — Thibaut et Zimmern soutiennent aussi cette opinion ; mais Schweppe ne veut pas que les hypothèques établies par acte public aient eu la préférence sur celles qui se prouvent par actes sous seing privé.

[5] Fr. 11, pr. D. XX, 4. — Const. 8, C. VIII, 18. Cpr. fr. 2; fr. 12. § 2, 10; fr. 18, D. ibid.

[6] Const. 11, C. VIII, 18. — Auth. *Si quis vult*, C. ibid. Les auteurs sont très-divisés sur le sens et sur l'étendue de la const. 11, C. cit. *V.* C. Hofacker, *Diss. de prærogativa pignorum publicorum*. Tübing. 1780. — A. De Klopper, *Diss. de hypotheca publica*. Lugd.-Bat. 1814. — Thibaut, Zimmern, Schweppe, Gesterding, Glück, ont également traité la question. La plupart n'appliquent cette constitution qu'au rang des hypothèques *conventionnelles* entre elles. Lœhr a cherché à prouver que cette const. s'appliquait à *toutes* les hypothèques, par conséquent aussi aux hypothèques légales et judiciaires, et que l'hypothèque légale était celle dont l'existence pouvait être prouvée par un acte public ou quasi-public, et que toutes les autres étaient des hypothèques privées. Spangenberg et Gesterding, admettent cette opinion ; Schweppe, Seuffert, Franke, De Buchholtz la rejettent.

[7] Nov. 91, chap. 1.

[8] Fr. 10. D. XX, 1.

[9] Fr. 16, § 8, D. XX, 1.

[10] Const. 3, C. VIII, 20. — fr. 12, § 7, 10. D. XX. 4. Il ne peut cependant y être forcé. fr. 6, pr. D. XIII, 7.

[11] Const. 8. C. VIII, 18. — fr. 15, § 5, D. XLII, 1.

en se mettant en son lieu et place, ce qui peut avoir lieu :

1. Du consentement du créancier d'un rang antérieur qui, payé par le créancier postérieur, lui cède ses droits et son hypothèque [1].

2. Du consentement du débiteur, lorsque le créancier postérieur lui donne des deniers pour payer le créancier d'un rang antérieur, et se réserve d'être subrogé dans les droits de celui-ci ; mais il faut que le paiement ait été réellement effectué [2] ; ou lorsqu'il achète la chose engagée à un créancier antérieur, sous la condition que celui-ci sera payé sur le prix d'achat ; dans ce cas, il se met en son lieu et place, sans que la subrogation ait été expressément stipulée [3]. De même qu'un créancier hypothécaire peut, avec le consentement du débiteur ou du créancier d'un rang antérieur, être subrogé aux droits de ce dernier, de même un créancier chirographaire ou un tiers le peut également [4].

3. Tout créancier hypothécaire d'un rang postérieur a le droit de payer le créancier d'un rang antérieur, même sans son consentement et sans celui du débiteur, et d'être subrogé dans ses droits pour la somme payée ou déposée en justice, dans le cas où le créancier refuserait de l'accepter (*jus offerendi et succedendi*) [5] ; mais ce droit n'appartient qu'au créancier hypothécaire, et nullement au créancier chirographaire ni au tiers [6]. Ce que ce droit a de particulier, c'est que la subrogation dans les droits du créancier payé et désintéressé a lieu de plein droit, sans qu'aucune cession ait lieu, et sans distinguer si le créancier postérieur paie le créancier qui le précède *immédiatement* ou non [7]. Il est clair que, dans ce dernier cas, il n'est subrogé que pour la somme qu'il paie au créancier antérieur, et qu'il n'exerce aucune influence sur les créanciers intermédiaires [8]. D'ailleurs ce *jus offerendi* peut être exercé par le créancier d'un rang bien postérieur contre celui qui l'a également exercé [9], et rien n'empêche le créancier d'un rang antérieur de le faire valoir contre celui qui lui est postérieur [10]. D'un autre côté, ce droit cesse dès que le créancier a vendu la chose à un tiers avec les formes exigées par la loi [11], ou que la vente a été légalement reconnue, ou lorsque l'ordre sur les biens du débiteur est ouvert.

§ 360. III. *Des actions qui naissent des droits de gage et d'hypothèque.*

A. *Des actions pétitoires.*

Les actions auxquelles les droits de gage et d'hypothèque donnent lieu, sont *pétitoires* ou *possessoires*.

L'action pétitoire, dont le but est de faire valoir le droit de gage ou d'hypothèque lui-même, est l'action hypothécaire (*actio hypothecaria*) [12] ; elle s'appelle aussi *pigneratitia in rem actio* [13], ou *vindicatio pignoris* [14].

1. Cette action, qui n'était accordée dans le principe qu'au bailleur d'un héritage rural sur les effets appartenant au fermier (*invecta et illata*) et affectés contractuellement au paiement des fermages, s'appelait action servienne (*actio Serviana*) ; plus tard, elle fut donnée, par analogie, comme action quasi-servienne (*actio quasi Serviana s. hypothecaria*), à tout créancier gagiste ou hypothécaire, et s'applique aujourd'hui aussi bien au gage qu'à l'hypothèque [15].

2. Elle est dirigée contre tout possesseur de

[1] Fr. 6, D. XVIII, 4. — Const. 7, C. IV, 39.

[2] Fr. 3. D. XX, 3. — fr. 12, § 8, 9. D. XX, 4. — Const. 1, C. VIII, 19.

[3] Fr. 3, § 1, D. XX, 5. — fr. 17, D. XX, 4. — Const. 3. C. VIII, 19.

[4] *V.* les passages indiqués aux trois notes précédentes.

[5] Const. 1, 5, 8, C. VIII. 18. — fr. 11, § 4; fr. 16, D. XX. 4. — fr. 5, pr. D. XX, 5. — Const. 22. C. VIII, 14 — Const. 4, C. VIII, 19. — Const. un. C. VIII, 27. — E. Berghoff, *De successione hypothecaria.* Gœtt. 1744. — E. Schulze, *Diss. de jure ejus cujus oblata pecunia creditores tempore anteriores dimittuntur, ad. L. 1, C. de his qui in prior. cred.* Cellis, 1786. — Haubold. *De jure offerendi.* Lips 1795 et dans ses *Opusc. acad.* ed. Wenck, vol. I, p. 575. — Glück, *Comm.* 19e part. § 1097.

[6] Const. 10, C. VIII, 18. Le créancier chirographaire ou un tiers, par exemple la caution, peut également payer le créancier hypothécaire ; mais pour être subrogé dans ses droits, ils ont toujours besoin de la cession à laquelle ils ne peuvent le forcer d'accéder. Const. 2, 14, C. VIII, 41.

[7] *V.* les passages indiqués à la note précédente, surtout le fr. 16, D. XX, 4. — Gesterding, § 39. — Mühlenbruch, *Von der Cession*, p. 468. — Glück, *Comm.* 19e part. p. 362. — Haubold, *loc. cit.* et Wenck, dans la préf. de ses *Opusc.*, p. LXIII, enseignent le contraire.

[8] Fr. 16, D. XX, 4.

[9] Fr. 5, § 1, D. XX, 5.

[10] Paul. *Sent. rec.* II, 13, § 8. Ce point est néanmoins contesté.

[11] Fr. 3, pr. D. XX, 5. — Const. 1, C. VIII, 20.

[12] § 7, J. IV, 6.

[13] Fr. 41, D. XIII, 7. — fr. 3, § 3, D. X, 4. — fr. 7, § 12, D. X, 3. — fr. 11, § 10; fr. 19. D. XLIV, 2.

[14] Fr. 16, § 3, D. XX, 1.

[15] § 7, J. IV, 6. — Const. 1, C. VI, 43.

la chose grevée, contre le débiteur lui-même comme contre un tiers, excepté contre le créancier dont le droit est préférable à celui du demandeur [1]. Lorsqu'elle est intentée contre le débiteur lui-même qui a engagé ou hypothéqué la chose au demandeur, ou contre ses héritiers, ou contre un tiers possesseur qui dérive son droit du débiteur, le demandeur se borne à prouver l'existence de la dette et l'établissement du *pignus* [2]; mais lorsqu'elle est dirigée contre un tiers possesseur, qui ne dérive pas son droit de celui qui a donné l'hypothèque au demandeur, alors celui-ci doit en outre rapporter la preuve que celui qui lui a constitué le gage ou l'hypothèque était propriétaire de la chose, ou que tout au moins il avait le droit de l'engager ou de la grever d'hypothèque. Ainsi, s'il ne peut ou ne veut prouver autre chose que la possession de bonne foi de celui de qui il tient son droit, la loi ne lui accorde aussi, pour poursuivre son hypothèque, que l'action publicienne [3].

3. L'action hypothécaire a pour but de prouver l'existence du gage ou de l'hypothèque, et de faire dessaisir le débiteur de la chose grevée pour que le demandeur puisse se faire payer [4].

4. Si le demandeur intente l'action hypothécaire contre un tiers possesseur, celui-ci a le droit d'exiger qu'il discute d'abord le débiteur et sa caution (ce qu'on appelle aujourd'hui le *beneficium excussionis personale*) [5]; il lui est également facultatif de se libérer de l'action en payant le demandeur [6].

5. Lorsque deux choses sont hypothéquées, l'une généralement, l'autre spécialement, le débiteur peut exiger que le demandeur exécute d'abord la dernière (ce qu'on nomme aujourd'hui le *beneficium excussionis reale* [7].

6. L'action court contre le débiteur et contre ses héritiers pendant quarante ans; contre le tiers détenteur qui dérive soit son droit de propriété, soit son droit d'hypothèque du débiteur, également quarante ans, aussi longtemps que le débiteur vit; après sa mort, elle court pendant trente ou quarante ans, selon que, pour parfaire son laps de temps, il veut compter les années de sa possession du vivant du débiteur, ou qu'il ne les impute pas; mais si le tiers ne dérive pas son droit du débiteur, l'action s'éteint contre lui par trente ans, si déjà elle n'est éteinte plus tôt par suite de son usucapion [8].

§ 361. B. *Des actions possessoires.*

Parmi les moyens possessoires qui compètent au créancier gagiste ou hypothécaire, on compte :

1. Les interdits ordinaires *retinendæ et recuperandæ possessionis*, pour protéger le créancier dans la possession de la chose engagée; au créancier gagiste seul appartiennent ces interdits, parce que lui seul a la possession juridique de la chose [9].

2. L'interdit Salvien (*interdictum Salvianum*) qui est un interdit propre à acquérir la possession (*adipiscendæ possessionis*) : dans le principe, de même que l'action servienne, il n'était accordé qu'au bailleur d'un héritage rural, et il tendait à exiger la possession de la chose engagée conventionnellement par le fermier qui ne payait pas son fermage à l'époque fixée [10]. Mais plus tard, il fut aussi donné, par analogie, à tout créancier hypothécaire (*interdictum quasi Salvianum*) [11]. Le droit ancien l'accordait contre tout possesseur de la chose engagée, mais le droit nouveau ne le donne que contre le débiteur qui a constitué le gage [12].

---

[1] Fr. 12, pr. § 7, D. XX, 4. — Const. 14, 18, C. VIII, 14.

[2] Fr. 21, § 1, D. XX, 1. — fr. 13, § 1, D. XVI, 1. — fr. 30, § 1 in fine, D. XLIV, 2. — Const. 10, C. IV, 24. — Const. 15 C. VIII, 14. — Const. 1, C. VIII, 33.

[3] Fr. 23, D XXII, 3. — fr. 5, pr.; fr. 18, D. XX. 1. — Arg. fr. 9, § 4, D. VI, 2. — fr. 14, D. XX, 1.

[4] Fr. 16, § 3, 4; fr. 17, pr.; fr. 21, § 3, D. XX, 1.

[5] Nov. 4, ch 2 qui change l'ancien droit des const. 14, C. IV, 10 et const. 14, 24, C. VIII, 14. Cpr. Nov. 112, ch. I.

[6] Fr. 16, § 3. D. XX, 1. — fr. 12, § 1, D. XX. 6. — Const. 19, C. IV, 32

[7] Const. 9, C. VIII, 28. — Const. 2. C. VIII, 14. On se dispute sur la question de savoir si celui qui a consenti l'hypothèque et d'autres créanciers hypothécaires peuvent seuls opposer cette exception, ou si tout possesseur de la chose peut l'invoquer. Cette dernière opinion est la plus commune. Koch, *De beneficio excussionis tertio hypothecæ speciali possessori competente*. Giess. 1771.

[8] Const. 7, pr. § 1, 2; Const. 8, pr. C. VII, 39, combinées avec la const. 1, 2, C. VII, 36. — Unterholzner, *Verjaehrungslehre*, t. II. § 249.

[9] Fr. 1, § 9, D. XLIII, 16. — fr. 16, D. XLI, 3. — fr. 3, § 15, D X, 4. — *V*. plus haut le § 331.

[10] Gajus, IV, 147. — § 3, J IV, 15 et Théophile sur ce paragraphe. — fr 1, pr. § 1. D. XLIII, 33.

[11] Const. 1, C. VIII, 9, comparée avec le § 7, J. IV, 6. Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point.

[12] Fr. 1. pr. § 1, D. XLIII, 33. — Const. 1, C. VIII, 9. — C. S. Hering, *De Salviano interdicto utili adversus quemcunque rerum oppignoratarum possessorem competente*. Francof. A. V. 1750. Wening-Ingenheim,

3. L'interdit *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est*, donné à celui qui avait demandé au préteur un envoi dans les biens et que l'on empêchait injustement de prendre possession. Il tendait à demander des dommages-intérêts [1].

TITRE IV.

DE L'EXTINCTION DES DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE [2].

§ 362. I. *Des causes générales d'extinction.*

Les droits de gage et d'hypothèque s'éteignent par des causes générales :

1. Lorsque la chose engagée périt [3], ou lorsque par un changement elle n'est plus la même chose et ne peut plus revenir à son premier état [4].

2. Lorsque la confusion de la propriété et du droit de gage ou d'hypothèque s'opère dans la même personne, c'est-à-dire lorsque le débiteur devient héritier du créancier ou lorsque celui-ci devient propriétaire de la chose engagée ou hypothéquée [5].

3. Lorsqu'il n'a été concédé que pour un certain laps de temps donné qui est écoulé [6].

4. Lorsqu'il a été constitué par celui dont le droit était, dès le principe, révocable ; il s'éteint alors dès la révocation du droit [7].

5. Par la renonciation du créancier [8]; c'est ce qui arrive aussi lorsque le créancier accepte, au lieu du gage, une caution ou toute autre garantie [9], et lorsqu'il défère le serment au débiteur que la chose n'est point engagée et que celui-ci prête le serment [10]. Le créancier renonce tacitement à son droit, en rendant le gage ou l'acte constituant le gage, sans que la dette soit payée [11], en donnant expressément l'autorisation de vendre le gage à un autre [12], et lorsque, préalablement averti, il n'a pas fait valoir son droit dans le délai fixé [13].

6. Enfin, le gage ou l'hypothèque s'éteint lorsqu'un tiers qui ne dérive pas son droit du débiteur, prescrit la chose engagée ou hypothéquée [14].

§ 363. II. *D'après la nature du droit.*

Le droit de gage ou d'hypothèque s'éteint, d'après sa nature particulière :

1. Par le paiement intégral de la dette pour sûreté de laquelle le gage ou l'hypothèque avait été constitué [15], ou par la confusion dans la

---

Zimmern, Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 427, ainsi que plusieurs autres sont d'une opinion différente.

[1] Dig. XLIII, 4. — *V.* plus haut les §§ 192, nº 5 et 345.

[2] Dig. XX, 6. — Code, VIII, 26 et 31.

[3] Fr. 8, pr. D. XX. 6. — Const. 25, C. VIII, 14. Le droit de gage ou l'hypothèque revit par le rétablissement de la chose. fr. 29, § 2; fr. 35, D. XX, 1.

[4] Fr. 18, § 3, D. XIII, 7. Mais tout autre changement dans la chose ne fait pas cesser le gage ou l'hypothèque. fr. 16, § 2, D. XX, 1.

[5] Fr. 29, D. XIII, 7. — fr. 9, pr. D. XX, 6. — fr. 30, § 1 in fine, D. XLIV, 2. Celui qui achète une chose engagée à plusieurs, sous la condition qu'il sera subrogé aux droits du premier créancier, qu'il paie de ses deniers, peut faire valoir les droits que ce dernier exerçait contre les créanciers postérieurs ; mais ceux-ci peuvent également exercer le *jus offerendi*. Const. 3, C. VIII, 19. — Const. 1, C. VIII, 20. — fr. 17, D. XX, 4. — fr. 6, D. XX, 5.

[6] Fr. 6, pr. D. XX, 6.

[7] Fr. 3, D. ibid. — fr. 31, D. XX, 1. — fr. 4, § 3, D. XVIII, 2. — C'est pour cette raison que le *subpignus* s'éteint avec le droit du premier créancier. fr. 40, § 2, D. XIII, 7. — Const. 1. C. VIII, 24.

[8] Fr. 8, § 1, D. XX, 6. — Code, VIII, 26.

[9] Fr. 5, § 2 ; fr. 6, § 2 ; fr. 14, D. XX, 6. — fr. 9, § 3, D. XIII, 7. — Arg. const. 8, C. VIII, 42.

[10] Fr. 5, § 3, D. XX, 6.

[11] Const. 7, C. VIII, 26. — fr. 1, § 1, D. XXXIV, 3. — fr. 3, D. II, 14.

[12] Fr. 4, § 1 ; fr. 7, pr.; fr. 12, pr. D. XX, 6. — fr. 158, D. L, 17. — Const. 2, 11, C. VIII, 26. Cpr. fr. 4, § 2 ; fr. 8, § 15, D. XX, 6. Si l'aliénation n'a pas lieu, le gage ou l'hypothèque continue à subsister. fr. 8, § 6; fr. 10, pr. D. XX, 6. — Si le débiteur redevient par la suite propriétaire de la chose aliénée, le droit de gage ou d'hypothèque revit, mais il ne date que de cette époque; const 1, C. VIII, 26. — Le créancier qui donne son consentement à une nouvelle hypothèque, ne renonce pas à son droit, mais seulement à son privilége. fr. 9, § 1 ; fr. 18, pr. D. XX, 6. — fr. 12, § 4, D. XX, 4.

[13] C. 6, C. VIII, 26.

[14] Fr. 12, D. XLIV, 3. — Const. 1, 2, C. VII, 36. — Const. 19, C. VIII, 45. — Const. 7, C. IV, 10. — Const. 8, pr. C. VII. 39. Le débiteur lui-même ni ses héritiers ne peuvent éteindre le gage ou l'hypothèque par l'usucapion. fr. 1, § 2, D. XX, 1. — fr. 44, § 5, D. XLI, 3. — Const. 7. C. VIII, 14. L'action hypothécaire dure 40 ans contre l'usucapion. Const. 7, § 1, C. VII, 39. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. V, c. 29.

[15] Fr. 9, § 3-5; fr. 13, pr. D. XIII, 7. — fr. 6, pr. D. XX, 6. — fr. 18. D. XLVI, 2. — Const. 3, C. VIII, 31. L'obligation éteinte en partie n'entraine pas l'ex-

même personne de la créance et de la dette [1].

2. Par la vente du gage légalement faite par le créancier [2]. En particulier, lorsque le créancier d'un rang antérieur vend la chose engagée ou hypothéquée, le droit de tous les créanciers postérieurs s'éteint [3], et lorsque l'héritier qui a accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, aliène les choses qui appartiennent aux biens de son auteur, tous les droits de gage ou d'hypothèque consentis sur eux, s'éteignent [4].

---

tinction partielle du gage ou de l'hypothèque; il continue d'exister pour le reste, car ce droit est indivisible. fr. 9, § 3, D. XIII, 7. — Const. 2, C. VIII, 29; il subsiste également par le paiement que fait un des cohéritiers de sa part des dettes de la succession. Const. 1, C. VIII, 31. — Const. 2, C. VIII, 32. — Const. 16, C. VIII, 28. — De même le droit de gage ou d'hypothèque continue d'exister, lorsque l'action intentée en paiement a été repoussée par une exception qui ne détruit pas la dette, mais seulement l'action; de sorte que celle-ci subsiste comme obligation naturelle, et par conséquent fait continuer le gage ou l'hypothèque; tel est le cas de l'exception tirée du Sénatusconsulte macédonien; tel est celui de l'exception de la prescription de l'action. Const. 2, C. VIII, 31. « Intelligere debes vincula pignoris durare personali actione submota. »

[1] Fr. 75; fr. 95, § 2; fr. 107, D. XLVI, 3, comparés avec le fr. 43, ibid.

[2] Code, VIII, 30.

[3] Const. 1, C. VIII, 20.

[4] Const. 22, § 8, C. VI, 30.

LIVRE II.

DES OBLIGATIONS.

§ 364. *Notion et étendue du droit d'obligation.*

En général, les droits qui font partie de notre patrimoine sont ou des *droits réels*, abstraction faite d'une personne déterminée et spécialement obligée, ou des *droits personnels* qui s'exercent contre des personnes déterminées et obligées, indépendantes de celui qui poursuit à son profit l'exécution d'une certaine prestation. Nous avons parlé des premiers dans le livre précédent, les seconds feront l'objet du deuxième livre. Au droit des obligations appartiennent non-seulement les obligations proprement dites, mais également toutes les actions réelles aussi bien que personnelles; en effet, *toute* action qui suppose la lésion d'un de nos droits, se présente toujours sous un rapport obligatoire, c'est-à-dire sous la forme d'une créance à charge de celui qui nous a lésé. Mais ayant déjà exposé aux §§ 202-208 les principes généraux sur les actions, et expliquant d'après le plan que nous avons adopté, les actions particulières en même temps que les matières auxquelles elles se rapportent (ce que nous avons déjà fait, dans le premier livre, pour les actions réelles), il ne nous reste à expliquer, dans ce livre, que les obligations elles-mêmes et les actions personnelles qui en découlent [1].

SECTION PREMIÈRE.

NOTIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE PREMIER.

NOTION ET DIVISION DES OBLIGATIONS EN GÉNÉRAL.

§ 365. I. *Notion de l'obligation.*

L'*obligation* (*obligatio*) est un lien de droit qui existe entre deux personnes déterminées, indépendantes l'une de l'autre, et en vertu duquel l'une, le créancier, est en droit d'exiger que l'autre, le débiteur, donne, fasse ou preste quelque chose (*dare, facere, præstare*). Dans ce sens, *obligation* signifie non-seulement l'engagement du débiteur, mais aussi en même temps le droit du créancier [2]. Le fait qui sert de fondement à ce droit et à cette dette, s'appelle

[1] Sur le droit d'obligation romain, v. surtout Doneau, *Comm. jur civ.* lib. XII-XVI. — Bucher, *Das Recht der Forderungen nach dem neuesten Rœm. Rechte* Leipz. 1830.

[2] Pr. J. III, 13 (14). « Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura. » L'obligation est un lien de droit, qui nous astreint, conformément

également *obligatio* [1]; on donne aussi ce nom à l'acte écrit, au titre qui en a été dressé [2].

§ 366. II. *Des espèces de l'obligation.*

A. *D'après son sujet.*

Relativement aux sujets de l'obligation, elle s'applique :

1. Ou à un seul créancier et à un seul débiteur.

2. Ou à plusieurs créanciers et à plusieurs débiteurs. Cette dernière se divise :

a) En *obligatio pro rata* s. *in partem*, lorsque chacun des créanciers n'a droit qu'à sa part de l'objet, ou lorsque chacun des débiteurs n'est obligé qu'au paiement de sa part de la dette.

b) Et en *obligatio in solidum* (*obl. correalis*) [3], lorsque chacun des créanciers a le droit d'exiger la totalité de la créance (*obl. correalis activa*) [4], ou lorsque chacun des débiteurs est obligé au paiement de la totalité de la dette (*obl. correalis passiva*) [5] : néanmoins lorsque, dans le premier cas, l'un des créanciers a reçu la totalité de la créance, les autres n'ont plus rien à prétendre, et lorsque, dans le second cas, l'un des débiteurs a payé la totalité, les autres sont entièrement libérés [6]. L'obligation solidaire ne se présume pas ; elle repose toujours sur un motif particulier qui résulte, soit de l'indivisibilité de l'objet [7], soit d'une disposition particulière de la loi [8], soit d'une convention [9], soit d'une disposition de dernière volonté [10], et dans les cas d'une obligation solidaire passive, également d'un délit [11]. Cependant, depuis Adrien, les cautions du même débiteur principal jouissent du bénéfice de division (*beneficium divisionis*), par lequel l'une des cautions actionnée en paiement de la totalité, peut exiger que les autres cautions solent d'abord poursuivies pour leur part et portion [12]. La Novelle 99 étendit également ce bénéfice à ceux qui, en contractant une dette, s'étaient réciproquement portés cautions l'un pour l'autre ; aujourd'hui, il s'étend à tous les débiteurs solidaires par convention [13]. Mais ce bénéfice n'a pas lieu lorsqu'il est difficile de poursuivre les autres débiteurs, ou lorsqu'ils sont insolvables, ou lorsqu'il y a été expressément renoncé [14].

---

aux règles de notre droit civil, à la nécessité de payer une chose. — fr. 3, pr. D. XLIV, 7. « Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. »

[1] Fr. 19, D L, 16. « Contractus est ultro citroque obligatio. »

[2] De là : *obligationem repetere, concedere.* Const. 7, C. IV, 30. Par rapport aux choses, *obligatio* signifie tantôt le droit de gage ou d'hypothèque, const. un. C. VIII, 21. — fr. 11, § 6, D. XIII, 7. — Const. 4, C. VIII, 17. — Const. 6, C. VIII, 26, tantôt l'engagement d'une chose, fr. 4. D. XX, 3, tantôt l'écrit qui prouve le gage, fr. 28, D. XLVIII, 10.

[3] Inst. III, 16 (17). — Dig. XLIV, 2. — Code, VIII, 40. — Doneau, *Tract. de duobus reis. Oper.* t. IX. — Ant. Faber, *Conjectur. jur. civ.* XI. — V. Dresky, *Diss. de correali obligatione ejusque effectibus.* Gœtt. 1777. — J. Rubo, *Versuch einer Erklaerung der fr.* 2, 3, 4, 85, *D. de verb. obl. ueber die Theilbarkeit und Untheilbarkeit der Obligationen nach röm. Rechte*, ou *Essai d'une explication des fr.* 2, 3, 4, 85, *D. verb. obl. sur la divisibilité et l'indivisibilité des obligations en droit romain.* Berlin. 1822. — A. H. G Backer, *De obligationibus dividuis et individuis.* L. B. 1822. — Ph. Serrurier, *Responsio ad quæst. de obl. dividuis et individuis*, dans les *Annal. Acad. Gand.* 1822-23. — J. G. Ribbentrop, *Zur Lehre von den Correal-Obligationen*, ou *Des obl. solidaires.* Gœtt. 1831. — Blondeau, *Esquisse d'un traité sur les obligations solidaires.* Paris, 1819. — C. A. de Scheurl. *Comm. de dividuis et individuis obl.* Erlang. 1805.

[4] Ils s'appellent, en droit romain, *duo s. plures rei stipulandi.* fr. 1, D. ibid. Aujourd'hui on les nomme *correi credendi.*

[5] Le droit romain les désigne par l'expression : *duo s. plures rei promittendi* ou *correi promittendi.* fr. 3, § 3, D. XXXIV, 3. Aujourd'hui on les désigne par les mots : *correi debendi*

[6] § 1, J. III, 16 (17). — fr. 14, § 15, D. IV, 2. — *V.* G. L. Hübel, *Diss. reus stipulandi num paciscendo et novando correo nocent?* Lips. 1823. — W. T. Kraut, *Diss. de argentariis.* Gœtt 1826, c. 5. — Le débiteur solidaire (*correus debendi*) qui a payé a le droit d'exiger du co-débiteur solidaire sa part de la dette solidaire.

[7] Fr. 5, § 15, D. XIII, 6. — fr. 17, D. VIII, 1. — fr. 192, D. L, 17. — fr. 2, § 2, D. XLV, 1. — fr. 1, § 44, D. XVI, 3.

[8] Fr. 1, § 25, D. XIV, 1. — § 4. J. III, 20 (21). Const. 3. C. VIII, 41. — fr. 55, pr. D. XXVI, 7. — Const. 2, C. V, 52.

[9] Pr. J. III, 16 (17). — fr. 9, pr. D. XLV, 2. — fr. 47, D. XIX, 2.

[10] Fr. 9, pr. D. XLV, 2. — fr. 8, § 1, D. XXX.

[11] Fr. 11, § 2, D. IX. 2. — fr. 14, § 15 ; fr. 15, D. IV. 2. — Const. 1, C. IV. 8.

[12] Gajus, III, 121, 122. — § 4. J. III, 20 (21). Const. 3, C. VIII, 41. — A. G. De Schrœter, *Diss. de sponsoribus, fidepromissoribus et fidejussoribus.* Jenæ, 1822, p. 36.

[13] Glück, *Comm.* 4e partie. § 359. — G. Asverus, *Spec. ad Nov.* 99. Jenæ, 1822. Quel est l'effet du bénéfice de division, et en particulier l'obligation solidaire cesse-t-elle entièrement par là et est-elle changée en une obligation *pro rata ?*

[14] § 4, J. III, 20 (21). — fr. 28, D. XLVI, 1. — fr. 47, D. XIX, 2. — Nov. 99.

§ 367. B. *D'après son objet.*

Par rapport à son objet, l'obligation consiste à donner, à faire, à prester ou à ne pas faire. Dans l'un comme dans l'autre cas, elle peut avoir pour but un seul ou plusieurs objets, et, dans ce dernier cas, elle se divise de nouveau en *conjonctive*, lorsque les objets doivent tous être prestés pour libérer le débiteur, et en *alternative*, lorsque l'un ou l'autre seulement doit être presté; dans ce cas, le débiteur a en général le choix [1].

Cette règle souffre néanmoins les exceptions suivantes :

1. Lorsque le débiteur est constitué en demeure, le choix appartient au créancier [2].

2. Lorsqu'en formant l'obligation, le créancier s'est expressément réservé le choix. Lorsque le créancier a choisi et intenté son action en délivrance de l'un des objets, il perd le droit de poursuivre l'autre, peu importe d'ailleurs qu'il vainque ou succombe dans son action [3].

§ 368. C. *D'après ses effets.*

Par rapport à ses effets, l'obligation est ou *naturelle* ou *civile*.

1. *Obligatio naturalis* est, chez les Romains, celle qui est valable d'après le droit des gens, mais qui n'a pas tous ses effets en droit civil [4]. En droit romain, cette obligation a en général pour effet qu'il faut s'en tenir à son exécution, de sorte que, ni le débiteur n'a d'action pour répéter ce qu'il a payé, ni le créancier pour en demander l'exécution. Elle ne donne donc lieu qu'à un droit de rétention ou à une exception, et jamais à une action [5]. Il est cependant quelques obligations naturelles que le droit civil déclare nulles (aujourd'hui nommées *obl. reprobatæ*); le débiteur, s'il ne le veut pas, ne doit donc pas même s'en tenir à l'exécution qu'il leur a volontairement donnée, et, dans des cas de cette espèce, il n'existe pas même, d'après le langage du droit romain, d'obligation naturelle (*ne quidem naturalis obl.*) [6].

2. *Obligatio civilis* est, en général, celle qui, en droit romain, a tous ses effets et produit toujours une action. Ces obligations, selon qu'elles prenaient naissance dans le droit civil ou dans le droit prétorien, se divisaient en *obligationes civiles* (dans le sens restreint), et en *obligationes prætoriæ s. honorariæ* [7].

Les premières se divisaient à leur tour :

a) En *obligationes legibus constitutæ*, c'est-à-dire celles qui étaient tout étrangères au droit des gens et se fondaient uniquement sur le droit civil (*obl. civilis*, dans le sens le plus restreint). Parmi elles on comptait en particulier les *obligationes stricti juris* (§ 400). Elles donnaient toujours naissance en droit civil à une action, alors même qu'elles n'auraient pas été valables d'après le droit des gens; néanmoins, dans les cas où l'équité l'exigeait (*si iniquum foret reum condemnari*), par exemple, lorsque la promesse avait été extorquée par dol ou par contrainte, le préteur accordait une exception perpétuelle qui rendait l'action sans effets [8].

b) En *obligationes jure civili comprobatæ*, c'est-à-dire celles qui avaient passé du droit des gens dans le droit civil qui les avait reconnues en y ajoutant une action. A cette catégorie appartiennent toutes celles de l'ancien droit qui se contractaient *consensu vel re*, et celles du droit nouveau qui naissent *ex pactis legitimis* (§ 400).

---

[1] Fr. 10, § 6 in fine, D. XXIII, 3. « Cum illa aut illa res promittitur, rei electio est, utram præstet. » — Cpr. fr. 138, § 1. D. XLV, 1. — fr. 34, § 6, D. XVIII, 1. — fr. 75, § 3, D. XXX.

[2] Fr. 2, § 2, 3, D. XIII, 4. — fr. 57, pr. D. XLVI, 3.

[3] Fr. 19, D. XXXI. — fr. 112, pr. D. XLV, 1. — fr. 9, § 1, D. XIV, 4. — fr. 4, § 3, D. IX, 4. — fr. 5, pr. D. XXX.

[4] Fr. 84, § 1, D. L, 17. — Ad. Dr. Weber, *Systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtlichen Wirkung*, ou *Exposé systématique de l'obligation naturelle et de ses effets légaux*. 4e éd. Schwerin et Wismar, 1805. — Jo. Conr. Dümmler, *Diss. inquirens : præcepta juris naturæ an vi sua auctoritatem legum effectumque civilem in judiciis nostris habere possint.* Kiliæ, 1808, § 13 seq. — C. T. Reinhardt, *Lehre des röm. Rechts von der Verbindlichkeit im Allgemeinen und von der natürlichen Verbindlichkeit ins Besondere*, ou *De l'obligation en droit romain en général, et de l'obligation naturelle en particulier.* Stuttgardt, 1827. — Al. F. Lelièvre, *Resp. ad quæstionem : quid est obligatio naturalis ex sententia Romanorum?* Lovanii, 1827.

[5] Fr. 19, pr. D. XII, 6. — fr. 10, D. XLIV, 7. — fr. 9, § 4, 5; fr. 10, D. XIV, 6. — fr. 7, § 4, D. II, 14. « — Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. »

[6] Par exemple : fr. 16, § 1, D. XVI, 1. — Const. 9, C. IV, 29. — fr. 8, pr. D. II, 15. — Const. 3, C. III, 43. — Const. 3, C. VIII, 35. — fr. 4, pr. D. XII, 6.

[7] § 1, J. III, 13 (14). — § 3, 8-11, J. IV, 6. — fr. 1, § 8, D. XIII, 5.

[8] Gajus, IV, 116, 117. — § 1-5, J. IV, 13.

CHAPITRE II.

DE LA CESSION DES OBLIGATIONS [1].

§ 369. I. *Notion de la cession.*

Les obligations, considérées comme liens de droit entre des personnes *déterminées*, ne peuvent, d'après leur nature et sans le consentement du débiteur, être transmises par le créancier à une autre personne, de manière à la mettre en son lieu et place. De là le principe du droit romain, que les obligations ne se transmettent que par succession à titre universel et non par succession à titre particulier, et qu'elles ne peuvent être cédées à autrui [2]. Ainsi, le créancier qui voulait appliquer à un autre le profit d'une obligation, ne pouvait le faire qu'en lui donnant le pouvoir d'actionner et de garder à son profit le bénéfice qui résulterait de l'action. C'est ce qu'on appelait *præstare s. mandare actiones*, et celui qui recevait ce mandat s'appelait *procurator in rem suam* [3]. Dans le principe, il ne pouvait intenter l'action qu'au nom du véritable créancier, mais plus tard, elle lui fut également accordée en nom propre, comme action utile [4], et ses effets, comme telle, étaient aussi efficaces que ceux de l'action directe [5]. Ce que l'ancien droit qualifiait de *mandare actiones*, s'appelle, en droit nouveau, *cedere actiones*, et la *cession* de l'action (*cessio actionis*) n'est en réalité qu'un pouvoir donné à une personne de poursuivre à son profit, et comme la sienne propre, une obligation qui nous appartient [6]. L'achat, l'échange, la donation et tout autre titre peuvent d'ailleurs servir de base à la cession.

§ 370. II. *Des sujets de la cession.*

Celui qui cède à une autre personne une obligation, s'appelle *cedens*; celui à qui il la cède, *cessionarius* ou *procurator in rem suam*, et celui contre lequel on l'exerce, *debitor cessus*. On peut, en général, céder une obligation à toute personne; cette règle subit néanmoins les exceptions suivantes :

1. La cession ne peut, à peine de déchéance de l'obligation, se faire avec intention malicieuse, aux personnes qui, par leur pouvoir et leur crédit, pourraient facilement opprimer le débiteur (*in potentiorem*) [7].

2. On ne peut, sous peine de déchéance de l'obligation, la céder à celui qui administre comme tuteur et curateur les biens d'une personne, contre cette dernière, ni pendant ni après la tutelle ou la curatelle [8].

§ 371. III. *Des objets de la cession.*

En général, on peut céder toutes les créances et actions qui font partie du patrimoine du cédant, peu importe que les actions soient réelles ou personnelles [9]. D'un autre côté, les actions fondées sur le ressentiment et l'espoir de la vengeance (*quæ vindictam spirant*) [10], les actions criminelles qui tendent à infliger une peine publique [11], et toutes les actions populaires [12] ne peuvent faire l'objet d'une cession. Ainsi, par exemple, la plainte de testament inofficieux ou de donation inofficieuse (*querela inoff. testamenti et inoff. donationis*),

---

[1] Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 43. — Glück, *Comm.* 16e partie, § 1017-1025. — Surtout C. F. Mühlenbruch, *Von der Cession der Forderungsrechte*, ou *De la cession des obligations*. Greifswald, 1835.

[2] Mühlenbruch, § 1-4.

[3] Fr. 3, § 5, D. XV, 3. — fr. 8, § 5, D. XVII, 1. — fr. 76, D. XLVI, 3. — fr. 2, D. XVI, 3. — fr. 31, D. XIX, 1. — fr. 7, D. XLIV, 7. — Const. 6, C. IV. 10.

[4] Fr. 16, pr. D. II, 14. — fr. 76. D. XLVI, 3. — Const. 7, 8. C. IV, 39. — Const. 1, 2, C. IV, 10. — Const. 5, C. IV, 15. — Const. 18, C. VI, 37. — Mühlenbruch, § 16.

[5] Fr. 47, § 1, D. III, 5.

[6] Sur la différence qui existe entre la cession et la délégation d'une créance, *v.* plus loin, la matière de la novation.

[7] Const. 2, C. II, 14. S'il n'existe pas de dol, la cession n'est pas nulle. fr. 6, D. XLIX, 14. — Mühlenbruch, § 30.

[8] Nov. 72, ch. 5. — Mühlenbruch, § 32.

[9] Mühlenbruch, § 22-28. Nous ne parlerons pas ici des droits essentiellement personnels qui ne sont pas des droits de créance, comme l'usufruit, et que l'on ne peut céder. *V.* plus haut, le § 314.

[10] *V.* plus haut, le § 208. — fr. 28, D. XLVII, 10. — fr. 7, § 1; fr. 13, pr. D. ibid. — fr. 6 in fine, D. XLVII, 12.

[11] Fr. 13, § 1, D. XLVIII, 1. — L'action en réparation du dommage et en application d'une peine privée dérivant de délits, peut être cédée. fr. 14, pr. D. XLVII, 2. — fr. 31, pr. D. XIX, 1. — fr. 38, § 1, D. XLVI, 3. — fr. 12, D. L, 16.

[12] Fr. 5, D. XLVII, 23.

de même que l'action en révocation d'une donation pour cause d'ingratitude, ne peuvent devenir l'objet d'une cession. Une action, d'ailleurs cessible, ne peut plus être cédée dès qu'elle est introduite en justice [1].

§ 372. IV. *Des conditions de la cession.*

La cession d'une créance ou d'une action est une aliénation; celui-là seul peut donc céder, qui a la libre disposition de ses biens. Toute cession exige en général le consentement du cédant. Celui qui a transféré à une personne un droit, ou qui en a acquis un pour elle, est aussi légalement obligé de céder l'action qui s'y rapporte [2]. Mais le consentement du débiteur cédé n'est pas nécessaire pour opérer la cession [3].

§ 373. V. *Des effets de la cession* [4].

La cession n'opère aucun changement dans le rapport du cédant au débiteur; le cédant ne perd aucunement son droit de créance; il peut, au contraire, poursuivre le débiteur, tant que le cessionnaire n'a pas actionné ou dénoncé la cession à ce dernier [5] : il doit, dans ce cas, abandonner au cessionnaire ce qu'il obtient par l'action [6]. Mais s'il intentait l'action postérieurement à la poursuite exercée par le cessionnaire ou à la notification de la cession faite au débiteur, il pourrait être repoussé par ce dernier, au moyen de l'exception de dol [7].

Les effets de la cession entre le cédant et le cessionnaire et entre ce dernier et le débiteur, sont les suivants :

1. Elle transfère tout le droit du cédant au cessionnaire, ainsi que tous les droits accessoires [8].

2. Le cessionnaire est passible de toutes les exceptions que le débiteur aurait pu opposer au cédant [9].

3. Il est des cas dans lesquels certains effets ne dépendent pas de la nature du droit, mais uniquement de la qualité personnelle de celui qui comparait en justice; dans ces cas, la demande et l'exception doivent se régler en conséquence; c'est ce qui arrive, entre autres, lorsqu'il s'agit du bénéfice de compétence.

4. Le cédant garantit au cessionnaire la véritable existence de la créance cédée, excepté lorsqu'il lui en fait donation ; il n'est tenu de la solvabilité du débiteur qu'autant qu'il la garantit ou qu'il se trouve en dol [10].

§ 374. VI. Lex Anastasiana.

Pour éviter que des hommes avides de gain ou dans le but de porter préjudice au débiteur, n'achetassent des créances, l'empereur Anastase ordonna que celui qui achèterait une obligation pour un prix moindre de sa véritable valeur, ne pourrait exiger du débiteur un prix plus élevé que celui qu'il avait payé, augmenté des intérêts à calculer d'après la loi. Cette disposition fut renouvelée plus tard par Justinien avec plus de précision et de clarté [11].

Des deux ordonnances combinées résultent les principes suivants :

1. La loi d'Anastase n'a trait qu'aux obligations achetées ; mais elle s'applique aussi aux obligations vendues en partie et données en partie; car autrement on éluderait facilement le but de la loi.

2. Elle ne s'applique qu'aux obligations qui ont pour objet de l'argent ou d'autres choses fongibles.

3. Mais, même en réunissant ces deux conditions, elle ne reçoit exceptionnellement pas d'application :

a) Dans le cas d'une cession en paiement (*in solutum*), lorsque les parties n'ont pas l'intention d'éluder la loi ; par exemple, j'emprunte une certaine somme et je cède ensuite en paie-

[1] Const. 2, 3, 4, C. VIII, 87. — Mühlenbruch, § 31.
[2] Fr. 31, pr. D. XIX, 1. — fr. 14, pr. ; fr. 80, pr. D. XLVII, 2. — Const. 4, C. IV, 39. — fr. 49, § 2, D. XLI, 2. — fr. 2, § 3. D. X, 2. — fr. 41. § 1, D. XLVI, 1. — fr. 76, D. XLVI. 3 — Const. 2, 11, 14, C. VIII, 41. — Mühlenbruch, § 36-39.
[3] Const. 3, C. IV, 39. — Cependant il a le droit de s'opposer à une division de la créance cédée, qui lui porterait préjudice. Arg. fr. 27, § 8, D. XV, 1.
[4] Mühlenbruch, § 46-64.
[5] Const 3, C. IV, 35. — Const. 3, C. VIII, 42. — Const. 4, C. VIII, 17.
[6] Fr. 23, § 1, D. XVIII, 4.
[7] Fr. 16, pr. D. II, 14. — fr. 17, D. II, 15. — Const. 3, C. VIII, 42.
[8] Fr. 6, 23, D. XVIII, 4. — Const. 7, C. IV, 39.
[9] Fr. 17, D. II, 14. — Const. 5, C. IV, 39.
[10] Fr. 4, 5, D. XVIII, 4. — fr. 74, § 3, D. XXI, 2. — Pour la donation, v. fr. 18, § 3, D. XXXIX, 5. — Const. 2, C. VIII, 45.
[11] Const. 22, 23, C. IV, 35. — J. A. Bach, *Exercit. jur. civ. de lege anastasiana.* Lips. 1835, et dans ses *Opusc.* ed. Klotz. Halæ, 1767, n° 9. — B. H. Reinold, *Diss. ad legem anastasianam*; dans ses *Opusc.* éd. Jugler, p. 279. — J. Ch. Schele, *Spec. de justis limitibus lege anastasiana nominis cessioni positis.* Helmst. 1794. — Fr. Ge. Anckelman. *Diss. de cessione nominis.* Gœtt. 1791, § 7-13. — Glück, *Comm.* 16e part. § 1024. — Mühlenbruch, § 30, 33.

ment (*in solutum*), à mon débiteur, une créance plus forte [1].

b) Lorsque des co-héritiers et des légataires se cèdent réciproquement des obligations pour faciliter le partage.

c) Lorsque la cession a lieu pour conserver et défendre la possession d'une chose qui sert de garantie à une obligation ; par exemple, lorsqu'un créancier gagiste ou hypothécaire d'un rang postérieur paie celui ou un de ceux qui le précèdent, pour se mettre en son lieu et place [2].

d) Lorsque l'obligation cédée était indéterminée et incertaine au temps de la cession [3].

e) Enfin, lorsqu'on cède une universalité de créances (*universitas nominum*).

4. Dans les cas où le débiteur invoque contre le cessionnaire la loi d'Anastase, celle-ci a pour effet d'éteindre, au profit du débiteur, le reliquat de l'obligation non payé, et de diminuer par là cette dernière, pour tout le montant de ce reliquat [4] ; il s'ensuit que le cessionnaire doit toujours fournir la preuve du paiement de l'obligation cédée, puisqu'il ne peut exiger du débiteur que la quotité de son paiement et que ce fait sert de base à son action [5].

CHAPITRE I.

DU DOMMAGE ET DE SA RÉPARATION [6].

§ 375. 1. *Notion de dommage.*

Très-souvent une obligation a pour but, dès son principe, d'obtenir la réparation du dommage causé, et toute obligation se résout à la fin en une demande en dommages-intérêts, lorsque, par la faute du débiteur, l'objet primitif de l'obligation n'a pas été ou n'a pu être presté.

Le *dommage* (*damnum*) est en général toute perte que quelqu'un a éprouvée (*damnum factum s. datum*) ou que du moins il a à craindre dans ses biens (*damnum metuendum s. infectum*) [7]. Le dommage est *positif* (*damnum emergens* ou simplement *damnum*, dans le vrai sens du mot), lorsqu'il a réellement diminué notre patrimoine [8] ; il est *négatif* (*lucrum cessans s. lucrum interceptum*), lorsqu'il nous empêche de faire un gain [9]. Les deux espèces de dommage réunies s'appellent aussi, en droit romain : *id, quod interest* [10], quoique cette expression ne désigne ordinairement que ce qui est dû comme réparation du dommage (*quanti ea res est*) outre le prix de la chose endommagée ou détruite [11] ; souvent aussi elle ne désigne que le dommage positif [12]. L'obligation de réparer le dommage que quelqu'un a souffert, s'appelle *præstatio damni*.

---

[1] Arg. const. 23, C. IV, 35.

[2] Une constitution postérieure de Justinien (Const. 24, C. IV. 35) renverse toutes ces exceptions, mais cette constitution est une *lex restituta* non glosée (§ 70).

[3] Il est vrai que la loi ne parle pas de cette exception ; mais une créance incertaine et indéterminée ne vaut certainement pas sa valeur nominale, et celui qui la paie un prix moindre, ne l'achète pas *pro viliori pretio*.

[4] D'après les mots exprès de la Const. 23, § 1 citée : — « Omne quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile ex utraque parte esse censemus ; *et neque ei qui cessit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit aliquid lucri vel fieri, vel remanere, vel aliquam contra debitorem, vel res ad eum pertinentes esse utrique eorum actionem.* » Cette opinion n'est cependant pas partagée par certains auteurs qui veulent faire continuer l'obligation pour la partie non payée, comme obligation naturelle, au profit du cessionnaire.

[5] Il est des auteurs qui pensent que le débiteur doit en apporter la preuve : P. L. F. Ebur, *Diss. de probatione cessionis legi anastasianæ repugnantis*. Jenæ. 1781, § 34.

[6] Deneau, *Comm. jur. civ.* XXVI, 13-23. — Ch. G Wehrn. *Doctrina juris explicatrix principiorum et causarum damni*. Lips. 1795. — Fr. Schœman, *Lehre vom Schadenersatze*, 2 parties. Giessen et Wetzlar, 1806.

[7] Fr. 2, D. XXXIX, 2.

[8] Fr. 3, D ibid.

[9] Fr. 2, § 11, D. XLIII, 8. — Cpr. fr. 13, pr. D. XLVI, 8. — fr. 21, § 3, D. XIX, 1. — fr. 2, § ult. D. XIII, 4. — fr. 19, D. X, 4.

[10] Fr. 21, 22, 23, D. IX, 2. — fr. 3. pr. D. XLVI, 8. — Code VII, 47. — J. F. Malblanc, *Observ. quædam de eo quod interest.* Tübing. — Glück, *Comm.* 4e partie, § 332.

[11] Fr. 170, 193, D. L, 16. — fr. 1, pr. D. XIX, 1. — fr. 8, D. XII, 3. — Quelquefois on entend aussi par les mots : *quanti ea res est*, l'intérêt. fr. 4, § 7, D. XXXIX, 2. — fr. 3, § ult. D. XLIII, 17.

[12] Fr. 71, § 1, D. XLVII, 2.

Le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* sont ce qu'on appelle, en français, *dommages-intérêts*.

§ 376. II. *De la cause du dommage.*

Le dommage peut provenir :

A. D'un cas fortuit (*casus*).

B. D'un fait ou d'une omission volontaire de l'homme.

1. Si le fait ou l'omission provient de celui qui éprouve le dommage, il faut appliquer la règle : *quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur sentire* [1].

2. Mais si le dommage est le fait d'une personne autre que celle qui en souffre, on distingue :

a) Si le fait était *licite*; il donne alors lieu à l'application de la règle : *qui jure suo utitur neminem lædit* [2].

b) Si le fait ou l'omission était *illicite, illégal*, il donne naissance à l'obligation de réparer le dommage causé, s'il peut être imputé à son auteur (*dolus, culpa, mora*).

Enfin, le dommage peut provenir :

C. Tant d'un fait ou d'une omission volontaire de l'homme que d'un cas fortuit sans lequel il ne serait pas arrivé (*casus mixtus*) ; on prend alors plutôt en considération le fait ou l'omission, que le hasard [3].

§ 377. A. *Du cas fortuit* (casus).

Le cas fortuit (*casus*) est tout événement nuisible que l'homme ne peut prévoir ou que, tout au moins, ses forces ne peuvent écarter [4] ; c'est pour cette raison que le cas fortuit s'appelait aussi, en droit romain, *vis major, vis divina, vis naturalis, factum* [5]. Le dommage que le cas fortuit doit nous faire craindre s'appelle *risques et périls* (*periculum*) [6]. Le cas fortuit doit en général être regardé par celui qui en souffre, comme un malheur, et personne n'est tenu de le réparer (*præstare damnum*) [7], à moins qu'on ne s'y soit engagé par convention [8], ou qu'il n'existe un autre motif d'obligation ; par exemple, lorsqu'on a occasionné le dommage par sa faute [9], ou que, par une disposition particulière de la loi, on soit tenu de le réparer ; c'est ce qui arrive dans le cas des actions noxales et du dommage causé par un quadrupède (*noxa et pauperies*) [10].

§ 378. B. *Du dol et de la faute* [11].

1. *Notion*.

Culpa, chez les Romains, comprend tout ce que nous appelons *faute* ; elle comprend par conséquent toute illégalité imputable, sans distinguer si elle résulte d'un fait (*facto*) ou d'une omission (*omissione*), si elle provient de la volonté de l'agissant ou d'une simple inattention ou négligence. Prise dans ce sens général, la notion de la faute comprend également le dol [12]. Les idées de dol et de faute ont donc ce caractère commun, que tous deux sont des faits ou des omissions illicites qui portent préjudice à autrui ; réciproquement, toute action ou omission illicite est, dans ce sens, une faute. Néanmoins, en règle générale, l'omission d'un

---

[1] Fr. 203, D. L, 17.

[2] Fr. 151, 155, § 1. D. ibid.

[3] Fr. 1, § 4, D. XLIV, 7.

[4] Fr. 1, § 4, D. XLIV, 7. — Cpr. fr. 15, § 2; fr. 59, D. XIX, 2. — fr. 2, § 7, D. L, 8. — fr. 24, § 4, D. XXXIX, 2. — fr. 3, § 1, D. IV, 9.

[5] Par exemple, fr. 25, § 6 ; fr. 33 ; fr. 59, D. XIX, 2. — fr. 11, § 5, D. IV, 4. — fr. 24, § 4, D. XXXIX, 2.

[6] Fr. 9, § ult. ; fr. 11, pr. D. XII, 1. — fr. 5, § 14 ; fr. 10, § 1, D. XIII, 6. — Dig. XVIII, 6.

[7] Fr. 23 in fine ; fr. 185, D. L, 17. — Const. 6, C. IV, 24. — Jo. Ch. Brandenburg, *Diss. sistens principia generalia de damno casuali ejusque præstatione.* Gœtt. 1793.

[8] Fr. 7, § 15, D. II, 14. — fr. 1, § 35, D. XVI, 3. — fr. 9, § 2 ; fr. 13, § 5, D. XIX, 2.

[9] Fr. 1, § 4, D. XLIV, 7. — § 2, J. III, 14 (15). — fr. 14, § 1, D. XVI, 3. — fr. 5, § 4. 7, D. XIII, 6. — fr. 11, § 1, D. XIX, 2. — fr. 23. 82, § 1, D. XLV, 1.

[10] Inst. IV, 8, 9. — Dig. IX, 1.

[11] Doneau, *Comm. jur. civ.* XVI, 7. — Lebrun, *Essai sur la prestation des fautes.* Paris, 1764 ; publié de nouveau avec une dissertation de Pothier à cet Essai, à Paris, 1813. — Thémis, VIII, p. 129. — Gries. *De generibus et gradibus culpæ.* Gœtting. 1805. — Fr. Schœman, *Lehre vom Schadensersatz*, 2 part. Giessen et Wetslar, 1806. — E. Lœhr, *Die Theorie der Culpa*, Giessen. 1806. — L. Dresch, *De indole et gradibus culpæ.* Mannheim, 1808. — Gensler, *Exerc. juris civilis ad doctrinam de culpa.* Fasc. 1. Jenæ, 1813. — Hasse, *Die Culpa des rœm. Rechts*, ou *De la faute en droit romain.* Kiel, 1815. M. D'hautbuille a publié dans la *Revue de la législation et de jurisprudence*, une courte exposition de la doctrine de Hasse. La *Revue des Revues de droit* a reproduit cet article, I, 24. — Ch. Fr. Elvers, *Doctrina juris civilis romani de culpa.* Gœtt. 1822. — M. Simons, *Diss. de culpa secundum jus romanum et hodiernum.* Leodii, 1823. — Fr. Hænel, *Lehre vom Schadenersatze.* Leipzig, 1823, § 11-60. — A. M. J. Molitor, *De culpa ;* dans les *Annal. Acad. Leodiensis*, 1826-27.

[12] Fr. 5, § 1, D. IX, 2 — fr. 15, § 46, D. XLVII, 10. — Const. 11, § 1, C. V, 17. — Const. 11, C. VII, 32. — Cicéron, *In Verrem*, lib. II, orat. 5, c. 17. — Tite-Live, I, 28. — Tacite, *Annales*, I, 51. — Ulpien. VI, 10.

fait ne constitue pas une atteinte aux droits d'autrui; il n'y a donc pas d'imputabilité et, partant, pas de faute; dans les cas seulement où un motif particulier nous oblige à détourner d'autrui un dommage, nous ne pouvons omettre les faits qui l'écarteraient. Par cette omission, nous agissons contrairement aux droits de l'autre, nous sommes donc en faute. Mais dans le sens technique du mot, le droit romain fait une distinction entre *dolus*, *culpa lata*, *culpa* et *omissio diligentiæ*; car toute illégalité provient soit du dessein et de l'intention avec laquelle l'auteur a agi, soit du fait ou de l'omission imputable qui donne lieu au dommage. Prises dans ce sens restreint, les idées de dol et de faute se déterminent de la manière suivante :

1. Le dol est toute manœuvre frauduleuse commise dans l'intention de faire du tort, par cupidité, méchanceté et, en général, dans une intention coupable (*decipiendi causa*, *lucri animo*, *malitia*) [1].

2. La faute lourde (*culpa lata*, *latior s. dolo proxima*) est une *omission* intentionnelle de faits que nous étions astreints à exécuter pour détourner d'autrui un dommage [2]. Outre cette omission qui constitue la faute lourde, on considère encore comme telle :

a) Lorsqu'à dessein nous faisons du tort, par un fait illicite, il est vrai, mais sans mauvaise intention, par humeur, par légèreté ou par pétulance [3];

b) Lorsque, sans vouloir faire du tort à dessein, nous n'avons pas agi avec la prévoyance d'un homme raisonnable, réfléchi (*dissoluta negligentia*, *nimia securitas*) [4];

c) Lorsque nous n'avons pas employé, en administrant le bien d'autrui, les soins que nous mettons dans nos propres affaires [5]. Dans ces deux derniers cas, l'agissant est toujours considéré comme s'il avait voulu nuire.

3. La simple faute (*culpa*, sans addition du mot *lata*) est tout dommage illicite que nous causons à autrui sans intention, mais par un fait positif, par inadvertance ou irréflexion; on ne considère point ici le degré de l'inattention, qui néanmoins ne doit pas être de l'espèce qu'elle donne lieu à la faute lourde [6].

4. Enfin, la *diligentia* est l'obligation d'éviter le tort de toutes les manières possibles; l'omission des faits qui pourraient l'occasionner s'appelle *omissio diligentiæ*, *negligentia*, *desidia*, lorsqu'elle ne se fait pas avec intention, mais qu'elle provient d'une négligence [7]. La *custodia* est une espèce particulière de la *diligentia*; on entend par là les soins que l'on doit apporter à la conservation de la chose d'autrui, et elle comprend l'obligation de veiller à ce que la chose ne soit secrètement détournée ou usucapée [8].

§ 379. 2. *De la prestation de la faute.*

La réparation du dommage causé (*præstatio culpæ*) par des faits ou par des omissions qui résultent d'une faute, donne lieu aux règles suivantes :

A. Lorsque la chose à l'égard de laquelle la faute a été commise n'est pas l'objet d'une obligation entre celui à qui la faute est imputable et celui à qui la chose appartient, il faut examiner :

1. Si le tort résulte d'une omission, il n'est tenu d'aucun dommage.

2. S'il résulte d'un fait, il faut de nouveau distinguer :

a) Si celui qui a commis la faute savait que la chose appartînt à autrui, il est alors tenu de réparer tout le dommage causé par son propre fait, sans avoir égard à la manière ou au degré de sa faute [9].

---

[1] Fr. 1, § 2, D. IV, 3. — fr. 2, § 5, D. XLIV, 4.

[2] Const. 2, C. V, 53. — Const. 2, C. V, 51. — Const. 2, C. V, 75.

[3] Fr. 7, pr. D. XVI, 3. — fr. 7, § 7, D. IV, 3. — fr. 8, § 10, D. XVII, 1.

[4] Fr. 30, § 3, D. IX, 2. — fr. 29, pr. D. XVII, 1. — fr. 213, § 2; fr. 223, pr. D. L, 16.

[5] Fr. 32, D. XVI, 3. — fr. 22, § 3, D. XXXVI, 1.

[6] Le mot *culpa* est pris dans ce sens, lorsque d'un côté il est opposé au *dolus*, et de l'autre à la *diligentia*. Const. 11, C. IV, 35. — fr. 8, § 3, D. XLIII, 26 — fr. 11, D. III, 5. — fr. 23, D. L, 17. — fr. 5, § 2, D. XIII, 6. — fr. 1, pr. D. XXVII, 3; peu importe le degré de négligence. C'est pour cette raison qu'il n'y a en droit aucune différence entre *culpa*, *culpa omnis*, *culpa levis*, *culpa levissima*; cette dernière expression ne se présente qu'une seule fois : fr. 44, pr. D. IX, 2. — Cpr. fr. 18, pr. D. XIII. 6. — fr. 25, § 7, D. XIX, 2. — fr. 13, § 1; fr. 14, D. XIII, 7. — § 4, J. III, 14 (15). — Const. 19, C. VIII, 14.

[7] Par exemple, § 2, 4. J. III, 14 (15). — fr. 1, § 3, D. XLIV, 7. — § 1, J. III, 27 (28). Il n'y a aucune différence entre *exacta* et *exactissima diligentia*, entre *diligens* et *diligentissimus paterfamilias*. D'un autre côté, lorsque la loi dit : diligentiam præstare debet, *quam in suis rebus*, elle porte une restriction à la *diligentia* en général. Par exemple, fr. 17, pr. D. XXIII, 3. — Const. 11, C. V, 14. — fr. 72, D. XVII, 2. C'est ce que les modernes appellent *culpa levis in concreto*.

[8] § 18, J. IV, 1. — § 3, J. III, 23 (24), et Théophile, sur ce paragraphe.

[9] Fr. 44, pr. D. IV, 2. — Les cas de nécessité urgente peuvent néanmoins faire exception. Par exemple, fr. 49, § 1, D. ibid. — fr. 3, § 7, D. XLVII, 9.

b) S'il ignorait, au contraire, que la chose fût à autrui, et s'il la croyait de bonne foi lui appartenir, il n'est tenu d'aucun dommage tant qu'il n'est pas actionné et qu'il ne se porte pas partie, pas même de celui qui est le résultat d'un fait [1]; mais dès que l'action est intentée, il est responsable de tout dommage occasionné à la chose par un fait nuisible aussi bien que par une omission [2].

B. Lorsque la chose est l'objet d'une obligation entre deux personnes, on distingue entre le dol, la faute lourde et la simple faute.

1. Le dommage occasionné par dol doit, dans tous les cas, être réparé [3], et quoiqu'il ne soit pas permis de convenir d'avance qu'on ne sera pas tenu du dol (*ne dolus prœstetur*) [4], celui qui en a souffert est cependant libre de compromettre sur le tort qu'il a éprouvé, ou de faire la remise de l'obligation de fournir des dommages-intérêts [5].

2. La faute lourde est ici assimilée au dol et doit toujours être prestée, même lorsque la loi ne parle que du dol [6].

3. Quant à la simple faute, à la *diligentia* et à la *custodia*, ou bien elles sont réglées par les conventions des parties, et alors il faut s'y rapporter [7] si elles ne sont pas contraires à la loi [8], ou bien elles ne le sont pas, et alors il faut appliquer les dispositions légales [9], qui sont très-diverses et dont il faut s'occuper chaque fois que la matière s'y rapporte. Qu'il suffise d'indiquer encore ici ces deux règles générales : lorsqu'une convention est faite dans l'intérêt des deux parties, elles doivent mutuellement prester toute faute [10]; et lorsque celui qui se trouve dans un rapport obligatoire avec une autre personne doit prester la *diligentia* et est dans le cas de ne pouvoir donner ses soins qu'à ses propres affaires ou à celles d'autrui, il est obligé de soigner d'abord ces dernières [11].

C. Dans tous les cas où une action en réparation de tout le dommage est fondée, on ne peut demander, outre le tort réellement souffert, des dommages-intérêts (*lucrum cessans* et *id, quod interest*), que lorsque la perte du bénéfice a été la suite immédiate du fait illicite ou de l'omission de l'autre; il faut aussi que le bénéfice ait été certain et constant dans le chef de celui qui éprouve le dommage [12].

D. Enfin, il ne faut pas perdre de vue ce principe général, que personne ne peut s'enrichir aux dépens de la perte qu'un autre a éprouvée [13].

§ 380. 3. *De la preuve de la faute.*

Lorsqu'on est obligé à réparer le dommage causé par un fait illicite ou par une omission, il faut distinguer entre le cas où l'on est tenu de la *diligentia* et de la *custodia*, et entre celui où l'on n'est responsable que du dol, de la faute lourde ou de la simple faute.

1. Dans le premier cas, on doit prouver qu'on a employé tous les soins possibles, et que le dommage résulte d'un cas fortuit inévitable [14].

2. Dans le second cas, celui qui exige la réparation du dommage doit d'abord fournir la preuve du fait illicite ou de l'omission [15], et s'il se fonde sur le dol ou sur la faute lourde, il est en droit d'exiger d'être admis au serment de valeur et d'estimation (*juramentum in litem*), c'est-à-dire qu'il peut fixer en argent, confirmer par serment et se faire rembourser le tort qu'il a éprouvé et des dommages-intérêts (*id quod interest*) ; il peut même exiger le prix d'affection que la chose avait pour lui. Néanmoins le juge peut modérer ces prétentions [16].

---

[1] Fr. 31, § 3, D. V, 3. « Rem enim *quasi suam* neglexit. »

[2] Fr. 20, § 11 ; fr. 25, § 7, D. ibid. « Quoniam post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse. »

[3] Fr. 59, § 1, D. XVII, 1. — Const. 4, C. IV, 10.— fr. 18. § 3, Dig. XXXIX, 5.

[4] Fr. 27, § 3, 4, D. II, 14. — fr. 1, § 7. D. XVI, 3.— fr. 17, pr. D. XIII, 6. — fr. 23, D. L, 17. — fr. 11, § ult. D. XIX, 1.

[5] Fr. 27, § 3; fr. 7, § 14, D. II, 14. — fr. 5, § 7, D. XXVI, 7.

[6] Fr. 1, § 1, D. XI, 6. « Lata culpa plane dolo comparabitur. » — fr. 29, pr. D. XVII, 1. — fr. 32, D. XVI, 3. -- fr. 226, D. L, 16.

[7] Fr. 11, § 1, D. XIX, 1. — fr 1, § 10, D. XVI, 3.

[8] Par exemple, fr. 6, D. XXIII, 4.

[9] Fr. 23, D. L, 17. — Jac. Gothofredus, *Ad. L.* 23, *D. de reg. jur.*; dans ses *Comm. in tit. Pand. de divi reg. jur.* Genevæ, 1653, p. 97. — G. Prousteau, *Recitationes ad L.* 23 *D. de reg. jur. V.* Meerman, *Thes.* t. III, p. 483. — B. J Grœninx van Zoelen, *De principiis generalibus, quibus usi videntur Jcti Romani in constituenda doctrina de doli et culpæ prœstatione in bonæ fidei contractibus.* L.-B. 1824.

[10] Fr. 5, § 2 ; fr. 18, pr. D. XIII, 6. — § 4, J. III, 14 (15).

[11] Fr. 5, § 4, D. XIII, 6.

[12] § 10, J. IV, 3. — fr. 1. pr.; fr. 21, § 3, D. XIX. 1. — fr. 29, § 3 ; fr. 23, § 2, D. IX, 2. — fr. 11, D. X, 19.

[13] Fr. 206, D. L, 17. — fr. 14, D. XII, 6. — fr. 6, § 2, D. XXIII, 3.— fr 10, § 3, D. XVII. 1.

[14] Fr. 9, § 4, D. XIX, 2. — Const. 5. C. IV, 24. — fr. 1. § 13, D. XXVII, 8. — fr. 11, D. XXII, 3. — fr 11, D. XVIII, 6.

[15] Fr. 18, § 1, D. XXII, 3.

[16] Dig. XII, 3. — Code, V, 53. — Le serment *Ze-*

§ 381. C. *De la demeure.*

1. *Notion et espèces de la demeure.*

La *demeure* (*mora*) est un retard apporté à l'exécution d'un fait auquel on est obligé [1].

1. Il y a demeure de la part du *débiteur* (*mora solvendi*), lorsqu'il ne remplit pas son obligation au terme fixé :

a) Par la prise de possession illicite d'une chose [2]; la demeure commence au moment de la prise de possession et continue jusqu'à la restitution de la chose (*mora ex re*).

b) Lorsque le jour du paiement est arrivé et qu'il n'a pas payé (*mora ex persona*). La demeure a lieu de plein droit, par la seule expiration du terme, lorsqu'il est fixé par la loi, par une convention ou par un testament ; le créancier n'a pas besoin d'adresser des interpellations au débiteur (*dies interpellat pro homine*) [3] ; mais si le terme n'est point fixé, la demeure ne commence que du moment des interpellations [4].

2. Il y a demeure de la part du *créancier* (*mora accipiendi*), lorsqu'il refuse d'accepter les offres qui lui sont valablement faites par le débiteur [5]; lorsqu'il refuse de faire connaître au débiteur les divers postes de la créance [6]; enfin, s'il ne se trouve pas au lieu et jour indiqués et convenus pour recevoir le paiement [7].

3. Pour constituer le débiteur aussi bien que le créancier en demeure, il n'est point nécessaire que celui qui est en retard soit en faute [8] ; la demeure et ses conséquences préjudiciables ont lieu lorsqu'il dépendait de lui et non de son adversaire que la chose n'a pas été prestée ou reçue au temps indiqué [9], à moins qu'il n'ait un motif particulier d'excuse à faire valoir [10].

§ 382. 2. *Des effets de la demeure.*

1. Le débiteur, par sa demeure, fait continuer l'existence de la dette [11] ; depuis le moment où il est constitué en demeure, il doit indemniser le créancier pour les fruits de la chose, payer les intérêts, et est en général passible de dommages-intérêts [12] ; il est responsable, depuis le moment de la demeure, du dommage fortuit [13] dans tous les cas de la demeure *ex re* [14], et dans le cas de demeure *ex persona*, où il ne peut prouver que la chose aurait également péri entre les mains du créancier [15]; enfin, il est encore tenu de payer la clause pénale stipulée pour le cas de demeure [16].

2. Le créancier, par sa demeure, libère le débiteur des conséquences préjudiciables du retard [17] ; la faute ne lui est plus imputable,

---

nonianum est une espèce de serment *in litem*. Const. 9, C. VIII, 4. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XXVI, 6-12. — Glück, *Comm.* 12e partie, § 813 — F. L. Meyer, *Diss. de juramento in litem.* Gœtt. 1805.

[1] Elle s'appelle aussi *frustratio*, fr. 37, D. XVII, 1. — fr. 3, § 4, D. XXII, 1. Ensuite, *cessatio* ou *dilatio*. fr. 17, pr. ; fr. 21, D. ibid. — *V.* en général : Doneau, *De usuris, fructibus, mora*, etc. Francof. 1589. — Henning Ratjen, *De mora secundum juris romani principia comm. prior.* Kiliæ, 1824. — von Madai, *Die Lehre von der mora.* Halle, 1837. — Wolf, *Zur Lehre von der mora.* Gœtt. 1841.

[2] Fr. 8, § 1, D. XIII. 1. « — Semper enim moram fur facere videtur. » — fr. 20. D. ibid.

[3] Fr. 5, D. XII, 1. — fr. 114, D. XLV, 1. — fr. 47. D. XIX, 1. — fr. 5, pr. D. L, 10. — Const. 12, C. VIII, 38.

[4] Fr. 32, pr. D. XXII, 1.

[5] Fr. 72, pr. D XLVI, 3. — fr. 73, § 2; fr. 122. pr. D. XLV, 1. — fr. 39, D. L, 17. — Const. 6, C. IV, 32.

[6] Const. 4, C. V, 56.

[7] Fr. 18, pr. D. XIII, 5.

[8] La plupart des auteurs pensent autrement, mais v. fr. 3, § 4, D. XIX, 1. — fr. 137, § 4, D. XLV, 1. — fr. 18, pr. D. XIII, 5.

[9] De là : cum per te steterit, cum per te mora fuit, cum per te factum fuit, quo minus, etc. fr. 21, § 3, D. XIX, 1. — fr. ult. D. XVIII, 6. — fr. 5, D. XII, 1. — fr. 135, § 2, D. XLV, 1. Ces expressions comprennent sans doute aussi l'empêchement fortuit, soit du débiteur, soit du créancier.

[10] Par exemple, fr. 7 ; fr. 21-23, pr. D. XXII, 1. — fr. 73. 137, § 2-4, D. XLV, 1. — fr. 6, D. XLIV, 4. — fr. 161, D. L, 17. — fr. 17, § 3, D. XXII, 1. — fr. 18, § 1, D. XVIII, 6. — Const. 24, C. VIII, 45. — En général, ce point est abandonné à l'appréciation du juge. — fr. 32, pr. D. XXII, 1. — fr. 91, § 3, D. XLV, 1.

[11] Fr. 91, § 3, D. XLV, 1. — fr. 24, § 2, D. XXII, 1. — fr. 173, § 2, D. L, 17.

[12] Fr. 8, § 6, D XLIII, 26. « — *Ubi moram quis fecit, omnem causam debebit constituere.* » fr. 17, § 1, D. VI. 1. — fr. 19, D. XVIII, 6. — fr. 3, pr. ; fr. 17, § 3, 4 ; fr. 32, § 2 ; fr. 34 ; fr. 41, pr. D. XXII, 1. — fr. 1, pr. ; fr. 3, § 3 ; fr. 21, § 3, D XIX, 1.

[13] Fr. 8', § 1, D. XLV, 1. — fr. 39, § 1 ; fr. 108, § 11, D. XXX. — fr. 14, D. XXIII. 3. — fr. 5, D. XII, 1. — Const. ult. C. IV. 7. — Cb. G. Gmelin, *Diss. de casu post moram præstando.* Tübing. 1804.

[14] Fr. 8. § 1 ; fr. 16 ; fr. 20, D XIII, 1. — fr. 40, pr. D. V, 3. — fr. 80, pr. D. XLVII, 2. — Const. 9, C. VI, 2. — Const 2, C. IV, 8.

[15] Fr. 14, § 1, D. XVI, 3. — fr. 40. pr. D. V, 3. — fr. 15, § 3, D. VI, 1. — fr. 12, § 4, D. X. 4. — fr. 47, § 6, D. XXX. — Glück, *Comm.* t. IV, p 414.

[16] Fr. 23, pr. D. IV, 8. — fr. 47, D. XIX, 1. — fr. 23. D. XLV, 1.

[17] Fr. 7, D. XXII, 1. — fr. 39, 161, D. L, 17. — Mais si, avant la demeure du créancier, il devait déjà,

et il n'est plus tenu que de son dol [1] ; il devient responsable des risques et périls de la chose qui étaient à charge du débiteur, et sans distinguer si l'objet de la dette consistait en une espèce, en un genre ou en une quantité [2].

3. Enfin, la demeure des deux parties a pour effet d'opérer, si elle a lieu *en même temps*, une compensation de demeure (*compensatio moræ*), c'est-à-dire que les choses restent dans le même état que si aucune des deux parties n'était en demeure [3]; mais si le créancier et le débiteur ne sont *pas en même temps* en demeure, la première est détruite par la seconde, qui ne porte préjudice qu'à celui qui s'y fait constituer (*posterior mora nocet*), sans cependant lui faire perdre les droits que la demeure qu'il a fait cesser lui a acquis [4]. Les demandes à former à cause de la demeure doivent être intentées en même temps que l'action principale [5].

§ 383. 3. *Comment la demeure cesse-t-elle?*

La demeure cesse (*mora purgatur*) :

1. De la part du débiteur, par la déclaration qu'il fait de remplir son obligation, tant que la chose existe [6], ou par un nouveau délai que le créancier lui accorde [7].

2. De la part du créancier, la demeure cesse par la déclaration d'accepter les offres et en demandant, à cette fin, au débiteur l'exécution de son obligation [8].

3. La demeure du débiteur et du créancier finit par l'extinction de la dette, soit par paiement, soit par novation, soit de toute autre manière [9].

§ 384. III. *Des intérêts.*

A. *Notion.*

Outre la prestation de la chose principale, les obligations présentent très-souvent des intérêts [10]. Le *capital* (*sors, caput*) est la somme d'argent ou la quantité de choses fongibles qui fait l'objet principal d'une obligation ; ce que le débiteur doit outre cette somme, en objets de même nature, en raison de l'usage qu'il a fait du capital ou parce qu'il a privé le créancier d'en jouir lui-même, s'appelle *intérêts* (*usuræ, fœnus*) [11]. Les intérêts supposent donc toujours un capital avec lequel ils cessent et dont l'existence doit toujours être prouvée ; car le paiement même d'intérêts pendant plusieurs années ne fait naître aucune présomption pour l'existence d'une dette principale [12].

§ 385. B. *De la cause des intérêts.*

L'obligation de payer des intérêts suppose toujours une cause particulière, qui peut dériver :

I. Directement des prescriptions de la loi (*usuræ legales*).

A. Cette cause peut reposer sur une disposition générale (*in jure communi*). Dans ce cas se trouve celui qui emploie à son profit les deniers d'autrui ; il est non-seulement obligé à les restituer, mais encore à en payer les intérêts depuis le moment où il les a employés [13]; l'acheteur d'une chose, lorsqu'on ne lui a pas fait crédit du prix d'achat, est tenu d'en payer

---

pour une autre cause, des intérêts dont il veut arrêter le cours, il est tenu de consigner judiciairement la somme ; les offres seules ne le libèrent pas. fr. 7, D. XXII, 1. — Const. 6. 9, C. IV, 32.

[1] Fr. 5. 17, D. XVIII. 6. — fr. 9, D. XXIV, 3.

[2] Fr. 105, D. XLV, 1. — fr. 72, pr. D. XLVI, 3.

[3] Fr. 17, D. XVIII, 6. — fr. 51, pr. D. XIX, 1. — Arg. fr. 39, D. XXIV, 3. — fr. 3, § 3, D. II, 10. — fr. 36, D. IV, 3.

[4] Fr. 17, D. XVIII, 6. — fr. 37, D. XVII, 1. — fr. 7, D. XXII, 1. — fr. 51, § 1, D. XIX, 1. — fr. 26, D. XXIV, 3. — fr. 91, § 3; fr. 135, § 2, D. XLV, 1.

[5] Fr. 49. § 1, D. XIX, 1. — Const. 4, C. IV, 34.— Const. 13, 26, pr. C. IV, 32.

[6] Fr. 73, § 2; fr. 81, § 3, D. XLV, 1.

[7] Fr. 8, pr. D. XLVI, 2.

[8] Fr. 7 in fine, D XXII, 1.

[9] Fr. 14, pr.; fr. 15; fr. 31. pr. D. XLVI, 2.

[10] Paul, II, 14. — Dig. XXII, 1. — Code, IV, 32. — V, 56. — VII, 54. — Nov. 32, 33, 34, 121, 138; les deux dernières de ces novelles ne sont pas glosées.—Doneau, *Tract. de usuris, fructibus et mora*; dans ses *Oper. prior.* Francof. ad M. 1589, p. 1. — G. Noodt, *De fœnore et usuris libri III* ; dans ses *Oper.* t. 1. — Glück, *Comm.* 21e part. § 1129-1198. Sur la manière de calculer les intérêts chez les Romains, *v.* Niebuhr, *Rœm. Ges.* 1re éd. t. II, p. 431, § 261.—Hipp. *De fœnore veterum Romanorum.* Hamb. 1828. — C. Salmatius, *De usuris.* Lugd.-Bat. 1638, et *De modo usurarum*, ibid. 1639. — J. F. Gronovius, *De sestertiis s. de pecunia vetere, de usuris centesimis et de fœnore unciario.* Lugd.-Bat. 1661, 1671. — Heineccius, *Antiq. Rom.* III, 15, § 4. — 30. — Walter, *Rechtsgeschichte*, p. 634 et suiv.

[11] Fr. 17. § 3, D. XXII, 1. — fr. 13, § 20, D. XIX, 1. D'ailleurs, on donne des intérêts non-seulement pour de l'argent, mais aussi pour d'autres choses fongibles. Par exemple, de l'huile, des blés au-dessus de la mesure (*additamentum*). Const. 23. C. IV, 32.

[12] Il est des auteurs qui pensent autrement, à cause du fr. 6. D. XXII, 1.

[13] Fr. 19, § 4. D. III, 5. — fr. 12, § 9, D. XVII, 1. — fr. 6, D. XXII, 1. *V.* à cet égard : Schmith, *Interpret. L. 6, D. de usuris.* L.-B. 1807.

les intérêts depuis le temps de la tradition [1], lors même qu'en retenant ce prix il ne serait pas en demeure; par exemple, lorsqu'il le retient parce qu'il est menacé de l'éviction de la chose, ou parce qu'une saisie-arrêt a été pratiquée entre ses mains. Néanmoins, il peut se libérer des intérêts en consignant judiciairement le prix [2].

B. Cette cause peut encore reposer sur une disposition particulière introduite en faveur du créancier (*in jure singulari*) : dans ce cas se trouve celui qui doit de l'argent à un pupille; il est obligé à payer les intérêts de toute somme arriérée, lors même qu'il ne serait pas en demeure [3].

II. D'un fait qui astreint au paiement des intérêts. Ce fait peut être :

A. Une convention (*usuræ conventionales*) [4].

B. Un fait unilatéral qui, à son tour, peut être :

1. Un fait licite, par exemple, une promesse [5] ou un testament (*usuræ testamentariæ*) [6].

2. Un fait illicite. Aux faits illicites appartiennent en particulier :

a) La demeure du débiteur (*usuræ ex mora*), ainsi que le cas où quelqu'un prive illicitement autrui de l'usage de ses deniers [7].

b) Le cas où l'on emploie à tort les deniers d'autrui à son propre usage [8].

c) Et le cas où, par négligence, l'on ne place pas à intérêts les capitaux d'autrui dont on a l'administration [9].

III. Enfin, il est encore à remarquer ici qu'un paiement d'intérêts continué pendant plusieurs années, produit l'obligation de les payer aussi à l'avenir [10], et que celui qui reçoit par anticipation le paiement des intérêts durant un certain temps ne peut, pendant ce même espace de temps, exiger le capital [11]. Mais il n'est pas permis de se faire payer ces intérêts d'avance que pour autant qu'on ne se rend pas par là coupable d'usure prohibée [12].

§ 386. C. *Du taux de l'intérêt.*

Le taux des intérêts conventionnels est ordinairement fixé par la convention elle-même; dans tous les autres cas, la loi le détermine :

1. Quant aux intérêts conventionnels, les *personæ illustres* et les personnes d'un rang supérieur pouvaient, en droit romain, prendre 4 °/₀, les négociants et les fabricants 8 °/₀, et toutes autres personnes 6 °/₀ [13].

2. Les intérêts légaux et ceux qui résultent de la demeure, sont, en général, de 6 °/₀ [14], dans quelques cas de 3 ou 4 °/₀ [15], et dans d'autres même de 12 °/₀ [16].

3. Les restrictions suivantes s'appliquent d'ailleurs encore aux intérêts :

a) Les intérêts arriérés qui surpassent le capital (*usuræ ultra alterum tantum*), ne peuvent être exigés [17].

b) Il n'est point permis de faire payer les intérêts des intérêts (*anatocismus*), peu importe qu'on les ajoute au capital (*anatocismus conjectus*) ou que, les regardant eux-mêmes comme un capital, le débiteur en paie des intérêts (*anatocismus separatus*) [18]. Mais l'anatocisme n'existe que lorsque le même débiteur paie au même créancier les intérêts des intérêts qu'il lui doit. Ainsi, point d'anatocisme lorsqu'un créancier prête à un tiers, comme capital, les intérêts qu'il perçoit de son débiteur, ou lorsqu'on paie les intérêts des intérêts qu'un autre doit [19].

4. Tous les actes dont le but est d'éluder les

[1] Fr. 13, § 20, D. XIX, 1. — fr. 18, § 1, D. XXII, 1. — Const. 5, C. IV, 49. — Const. 2, C. IV, 32. — *Fragm. vat.* § 2.

[2] Fr. 7, D. XXII, 1. — Const. 6, 9, C. IV. 32.

[3] Fr. 87, § 1, D. XXXI. — Const. 3, C. II, 41. — Const. 5, C. IV. 49.

[4] Const. 4, C. IV, 32.

[5] Fr. 10, D. L. 12.

[6] Fr. 3, § 6, D. XXXIII, 1.

[7] Fr. 24, D. XVI, 3. — fr. 32. § 2, D. XXII, 1. — fr. 8. § 1; fr. 20. D. XIII, 7. « — Fur enim semper moram facere videtur. »

[8] Fr. 28, D. XVI, 3. — fr. 1, § 1, D. XXII, 1. — fr. 7, § 10. 12, D. XXVI, 7. — fr. 38, D. III, 5. — fr. 10, § 3, D. XVII, 1.

[9] Fr. 19, § 4, D. III, 5. — fr. 7, § 3; fr. 10; fr. 15; fr. 58, § 1, D. XXVI, 7.

[10] Fr. 6, D. XXII, 1.

[11] Fr. 57, D. II, 14. — fr. 2, § 6, D. XLIV, 4.

[12] Const. 26, § 1, C. IV, 32. — C. Rœder, *Diss. de usuris in futurum acceptis*. Giess. 1830.

[13] Const. 26, § 1, C. IV, 32.

[14] Const. 26 citée.

[15] 4 °/₀ : Const. 31, § 2, C. V, 12. — Const. un. § 7, C. V, 13. — Nov. 2, ch. 4. — Nov. 22, ch. 44, § 4, 7, 8. — Nov. 34, ch. 1. — 3 °/₀ : Const. 12, pr. C. III, 31.

[16] Const. 23, 26, § 1, C. IV, 32. — Const. 2, 3, C. VII, 54. — Const. 4, C. VIII, 10. — fr. 54, D. XXVI, 7. — fr. 38, D. III, 5.

[17] Const. 10, C. IV. 32. — Cpr. Const. 27, § 1, C. ibid. — fr. 26, § 1, D. XII, 6. — Des lois postérieures, const. 20, 30, C. ibid.; Nov. 121, 138, étendirent ce principe à des intérêts payés successivement.

[18] Const. 28, C. ibid. — Pufendorf, *Observ. jur. univ.* l. 1, obs. 14.

[19] C'est ainsi que s'expliquent les fr. 7, § 12; fr. 9, § 4; fr. 58, § 1, D. XXVI, 7.

défenses de prendre les intérêts dont nous venons de parler, sont nuls et constituent le délit d'usure [1]. Ce qui a été promis de trop ne doit pas être payé, et s'il l'a déjà été, il faut examiner si le capital se trouve entre les mains du débiteur ou non : dans le premier cas, le capital diminue de plein droit d'autant qu'on a trop payé d'intérêts ; dans le second cas, ce qui a été payé de trop peut être répété par la *condictio indebiti* [2].

§ 387. D. Interusurium.

La *remise* (*interusurium, commodum medii temporis s. repræsentationis*) diffère des intérêts. On entend par là une bonification à laquelle le débiteur peut prétendre, parce qu'il paie avant son échéance et du consentement du créancier, une dette qui ne porte point d'intérêts [3]. La question de savoir d'après quel principe cette bonification doit être calculée, lorsque les parties intéressées ne l'ont point déterminée par convention, est très-disputée [4] ; cependant plusieurs raisons paraissent militer en faveur du principe, que le débiteur doit payer une somme qui, avec les intérêts ordinaires calculés jusqu'au jour de l'échéance de la dette, équivaudrait au capital [5].

SECTION II.

DES CAUSES DES OBLIGATIONS.

§ 388. *Coup d'œil général.*

Une obligation qui donne lieu à une action peut dériver :

1. De *conventions* (*contractus, pacta*).
2. D'*actions illicites* et de *délits* (*delicta, maleficia*).
3. De *diverses autres causes légales* (*variæ causarum figuræ*) auxquelles appartiennent en particulier les obligations qui naissent *comme d'un contrat* et *comme d'un délit* (*quasi ex contractu, quasi ex delicto*), ainsi que beaucoup d'autres [6].

CHAPITRE PREMIER.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE CONVENTIONS [7].

§ 389. I. *Notion de convention.*

La convention (*pactum, conventio*), en général, est le concours de volonté de deux ou de plusieurs personnes sur un rapport de droit qui doit naître entre elles [8]. Les conventions peuvent donc faire naître et cesser des rapports de famille aussi bien que des droits sur les

[1] Fr. 9. pr. D. XXII, 1. — Const. 13, 26, § 1. C. IV. 32. — fr. 44, D. XXII, 1. — fr. 13, § 26, D. XIX, 1.

[2] Const. 18, 26, § 1, C. IV, 32. — fr. 26, § 1, 2, D. XII, 6.

[3] Fr. 1, § 10, D. XXXV, 2. — fr. 24, § 2, D. XXIV, 3. — fr. 10, § 12 ; fr. 17, § 2, D. XLII, 8.

[4] B. Carpzov, *Dec.* P. 3, dec. 275. — G. G. Leibnitz, *Medit. jurid. math. de interusurio.* In actis erud. ann. 1683, p. 425. — F. Zachariæ, *Ueber die richtige Berechnungsart des Interusurii.* Greifswald, 1831.

[5] Hoffmann, Schrader, Seuffert, Zachariæ et Gœschen partagent cette opinion. Thibaut, *System*, § 289, adopte le principe de Leibnitz, d'après lequel on doit calculer les intérêts des intérêts de la somme à donner.

[6] Fr. 1 pr. D. XLIV, 7. « Obligationes aut *ex contractu* nascuntur, aut *ex maleficio*, aut proprio quodam jure *ex variis causarum figuris.* » — § 2, J. III, 13 (14). « Obligationes aut *ex contractu* sunt, aut *quasi ex contractu*, aut *ex maleficio*, aut *quasi ex maleficio.* » Cpr. Gajus, III, 88. — J. O. Westenberg, *De causis obligationum liber singularis seu dissertat. IX*, dans ses *Oper.* t. I, p. 57.

[7] Paul, I, 1. — Dig. II, 14. — Code, II, 3. — Cujas, *Comm. ad tit. Dig. de pactis* ; dans ses *Oper.* t. I, p. 933 suiv. Le même, *Recitatt. in tit. Cod. de pactis* ; dans ses *Opera*, t. IX, p. 24. — Doneau, *Comm. ad tit. Dig. de V. O. et ad tit. Cod. de pactis* ; dans ses *Opera*, t. VII et XI.

[8] Fr. 1, § 1, 2, D. II, 14.

biens de toute espèce [1]. Mais il ne peut être question ici que des conventions qui *donnent lieu à une obligation*; elles supposent au moins deux personnes, indépendantes l'une de l'autre, dont l'une promet de donner une chose déterminée à l'autre, qui l'accepte [2]. L'acceptation suit ordinairement la promesse, mais elle peut aussi la précéder sous forme de demande; par exemple : *rogavit Titius, spospondit Mævius* [3].

§ 390. II. *Des promesses et des vœux.*

Il ne faut pas confondre avec les conventions :

1. Les promesses préalables sur l'objet de la convention et sur ses conditions. En général, elles ne sont obligatoires que lorsque la convention a été conclue [4].

2. La pollicitation, qui est en général une promesse non acceptée [5]. Elle n'est pas obligatoire pour celui qui l'a faite, excepté lorsqu'elle est en faveur de l'Etat ou d'une ville; dans ces cas, le promettant s'oblige lui et son héritier, s'il s'est engagé par un motif particulier qui s'accomplit par la suite; mais s'il s'est engagé sans motif particulier, il ne s'oblige que par un commencement d'exécution [6].

3. Le vœu (*votum*) ou la promesse d'une certaine prestation, faite par piété et dans un but religieux. En droit romain, le vœu était obligatoire, même pour l'héritier, s'il avait été prononcé; en droit canon, il l'était déjà, comme promesse faite à Dieu, du moment où il était fait intérieurement [7]; mais on suppose toujours que le vœu ait eu pour but un objet licite et qu'il ait été prononcé librement par une personne capable de s'obliger [8].

§ 391. III. *Des conditions des conventions.*

A. Généralités.

Toute convention par laquelle l'un s'oblige envers l'autre à une certaine prestation, est un acte juridique. Les principes généraux que nous avons exposés aux §§ 167-187, s'appliquent donc aussi aux conventions. Mais la convention exige en particulier le *concours de volonté* ou le *consentement réciproque* des parties contractantes [9]. Ainsi, celui qui ne peut consentir est aussi incapable de contracter, et celui qui, pour un acte juridique, a besoin de l'autorisation du tuteur ou du consentement du curateur, ne peut, sans eux, conclure une convention.

§ 392. *Des causes qui vicient le consentement.*

1. *Du dol.*

Le consentement des parties contractantes doit être libre et sérieux (§ 172). Parmi les causes qui le vicient nous avons :

A. Le dol [10].

1. Lorsque les deux parties ont réciproquement commis un dol, la compensation a lieu sans avoir égard à l'étendue du dommage, résultat du dol, et ni l'une ni l'autre ne peut actionner ni en exécution du contrat, ni en dommages-intérêts [11].

2. Si l'une des parties seulement a usé de dol envers l'autre, il faut examiner s'il est *principal* ou *incident* (*causam dans*, ou *incidens*). Dans le premier cas, la partie trompée peut demander la nullité de toute la convention [12]; dans le second cas, celui qui est la victime du dol ne peut exiger que des dommages-intérêts [13].

3. Enfin, le dol employé par un tiers donne

---

[1] A l'exception du droit de succession, dont la base en droit romain ne peut être une convention.

[2] Fr. 1, § 2, 3, D. II, 14. — fr. 3, pr. D. L, 12.

[3] Fr. 7, § 12, D. II, 14.

[4] On peut aussi rédiger préalablement par écrit les conditions d'une convention. *V.* la const. 17, C. IV, 21.

[5] Fr. 3, pr. D. L, 12. — Ch. H. Barth, *De pollicitatione*. Halæ, 1779. — A. Wichers, *Diss. de romano pollicitationum jure*. Grœning. 1803.

[6] Fr. 1, § 1, 2; fr. 3, pr.; fr. 6, pr.; fr. 9; fr. 14, D. L, 12. D'ailleurs, il n'est pas requis pour la validité de la pollicitation, que le promettant soit présent.

[7] Fr. 2, D. L, 2. — c. 1, 3, C. XVII, qu. 1. — c. 3, 6, X. 3, 34. — c. 18, X. 3, 39. — Walter, *Kirchenrecht*, § 360.

[8] C. 1, 5, 10, 12, 13, 15, C. XII, qu. 4. — c. 1, X. 1, 40. — c. 14, C. XXXII, qu. 2.

[9] Fr. 1, § 2, 3, D. II, 14. — fr. 3, pr. D. L, 12.

[10] L. J. Neustetel, *Bonæ fidei negotia dolo inita non esse nulla*. Heidelb. 1818.

[11] Fr. 36, D. IV, 3. — fr. 3, § 3, D. II, 10. — fr. 154. pr. D. L, 17. — Cpr. cependant le fr. 57, § 3, D. XVIII, 1.

[12] Fr. 7, pr. D. IV, 3. — fr. 3, § 3, D. XVII, 2. — fr. 11, § 5, D. XIX, 1. — Const. 5, 8, C. IV, 44.

[13] Fr. 13, § 4, D. XIX, 1. — Cf. fr. 32, D. ibid. — fr. 43, D. XVIII, 1. — J. H. Reuter, *Diss. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu*. Halæ, 1744. — Noodt, *De forma emendandi doli mali*, ch. 7 suiv., et plusieurs autres, pensent néanmoins différemment; ils prétendent que tout dol annule la convention.

à la partie lésée, si elle n'a d'autre action, l'action de dol (*actio doli*) contre celui qui a usé de dol [1], et contre la partie avec laquelle elle a contracté, une demande en dommages-intérêts, en tant qu'elle s'est enrichie par suite du dol [2].

§ 393. 2. *De la violence.*

Parmi les causes qui vicient le consentement, se trouve :

B. La violence (§ 175).

Exercée par celui auquel on a promis, elle a les mêmes effets que le dol [3]; mais lorsqu'elle provient d'un tiers, elle rend le contrat nul, si celui auquel on a promis en avait connaissance [4]; dans le cas contraire, il faut voir si la convention était déjà exécutée ou non. Dans le premier cas, elle reste en général valable, et le promettant n'a de recours que contre celui qui a exercé la violence [5]; dans le second cas, il oppose l'exception *quod metus causa*, s'il est actionné pour exécuter la convention [6].

§ 394. 3. *De l'erreur.*

Aux causes qui vicient le consentement appartient :

C. L'erreur (§ 173).

1. Lorsque l'erreur tombe sur une condition *essentielle*, elle vicie la convention [7]. Telle est l'erreur sur la *chose* qui fait l'objet de la convention, ou sur les qualités essentielles de la chose [8]; l'erreur sur l'*espèce* de la convention [9]; l'erreur sur la *personne des contractants*, mais seulement lorsque la considération de la personne détermine la convention, ou lorsque, comme dans les donations, la convention a été faite à raison de la personne [10]; l'erreur sur le *prix*, mais dans le cas seulement où celui qui doit payer le prix, offre moins que l'autre ne croit [11].

2. Lorsque l'erreur tombe sur des *accessoires*, on n'a, en règle générale, qu'une action en dédommagement et la convention reste valable [12]. L'erreur sur les motifs qui ont déterminé les parties contractantes, n'exerce en général aucune influence sur la convention, excepté lorsque les motifs qui ont engagé l'une des parties à contracter sont une condition expresse de la convention, ou lorsque l'un des contractants a consenti, se croyant légalement tenu à contracter [13].

§ 395. 4. *De la simulation.*

Enfin, au nombre des causes qui vicient le consentement se trouve :

D. La simulation (§ 176).

1. Lorsque les deux parties ont feint de contracter [14], il n'existe aucune convention [15].

2. Mais si elles déguisent une convention sous les apparences d'une autre convention, il faut examiner l'acte d'après les principes de la convention réelle [16]. Celle-ci est valable, à moins qu'elle ne soit contraire aux lois [17].

§ 396. IV. *Des modalités de la convention.*

Une convention, comme tout autre acte juridique, peut être conçue purement et sim-

---

[1] Fr. 1, § 8; fr. 2-8; fr. 9, § 1; fr. 19; fr. 40, D. IV, 3.

[2] Fr. 18, § 3, D. ibid. — B. J. Reulbach, *De dolo tertii ejusque effectu*. Heibelb. 1812.

[3] Fr. 116, pr. D. L, 17. — fr. 21, § 1, 3, D. IV, 2. — Const. 1, C. IV, 44. — Const. 11, 12, C. II, 20. — L'auteur paraît admettre que lorsqu'il s'agit de la violence, il y a aussi une distinction à faire entre celle qui est principale et celle qui est incidente (*causam dans* et *incidens*).

[4] Const. 5, C. II, 20.

[5] Fr. 14, § 4, D. IV, 2.

[6] Fr. 4, § 33, D. XLIV, 4.

[7] Fr. 57, D. XLIV, 7. — G. L. Kern, *De errore contrahentium*. Gœtt. 1806. — P. L. Kritz, *De erroris facti in emtione venditione effectibus*. Lips. 1813. — K. Ricbelmann, *Comment. de facti errore in conventionibus*. Gœtt. 1832.

[8] Fr. 137, § 1, D. XLV, 1. — Cpr. fr. 9, pr. § 2; fr. 14; fr. 15, pr.; fr. 16, pr.; fr. 22; fr. 23; fr. 37, pr. D. XVIII, 1.

[9] Fr. 57, D. XLIV, 7. — fr. 18, pr. § 1, D. XII, 1. — fr. 36, D. XLI, 1. — *V*. cep. plus haut, le § 288, note 9.

[10] Arg. fr. 9, pr. D. XXVIII, 5. — fr. 72, § 6, D. XXXV. 1. — Const. 4, C. VI, 24.

[11] Fr. 9, pr. D. XVIII, 1. — fr. 52, D. XIX, 2. — Arg. fr. 1, § 4; fr. 83, § 1, D. XLV, 1.

[12] Par exemple, fr. 40, § 2, D. XVIII, 1. — Cpr. fr. 34, pr.; fr. 57, pr. D. ibid. — fr. 42, D XIX, 1.

[13] Fr. 58, D. XVIII, 1. — fr. 5, § 1, D. XIX, 1.

[14] Si l'un des deux promettants seulement simule, tandis que l'autre agit de bonne foi, ou si un tiers simule au préjudice d'un des contractants, on applique à la simulation les mêmes règles qu'au dol. fr. 7, § 9, D. II, 14. — fr. 49, pr. D. XIX, 1.

[15] Fr. 55. D. XVIII, 1. « Nuda et imaginaria venditio pro non facta est. » — fr. 3, § 2; fr. 54, D. XLIV. 7. — Const. 21, C. II, 4.

[16] « Plus valet, quod agitur, quam quod simulate concipitur. » Code, IV, 22. — Cpr. fr. 36, 38, D. XVIII, 1.

[17] Par exemple : fr. 5, § 5; fr. 7, § 6; fr. 32, § 24. 25, D. XXIV, 1. — C. Klien, *De negotiis simulatis modo efficacibus, modo inefficacibus*. Viteb. 1807.

plement, à terme, sous condition, sous un mode, et les effets de ces qualités accessoires se déterminent d'après les principes généraux (§§ 179-181). Mais ces modalités se rapportent quelquefois à une chose impossible ; alors :

1. La condition affirmative impossible rend la convention nulle, sans distinguer si elle est physiquement ou moralement impossible [1].

2. La condition négative impossible, si elle est physique, est regardée comme non écrite [2]; si elle est morale, elle rend la convention nulle, lorsque quelqu'un se fait promettre quelque chose pour que *lui-même* omette une action honteuse [3] ; mais elle sort ses effets, lorsque quelqu'un se fait promettre une chose pour le cas où la partie qui contracte avec lui n'omet pas une action illicite [4].

3. Le mode (*modus*) physiquement ou moralement impossible est toujours regardé comme non écrit [5].

§ 597. V. *De l'effet des conventions.*

En règle générale, les conventions obligent les parties contractantes et leurs héritiers ; elles ne sont point obligatoires pour les tiers : *inter alios acta, aliis non nocent* [6]. Mais cette règle souffre des exceptions : les effets d'une convention se restreignent souvent à la personne des contractants et ne passent point à leurs héritiers, lorsque telle est la nature de la convention ou que cette restriction a été expressément stipulée [7] ; un tiers peut également, par des motifs particuliers, être obligé par la convention de deux autres personnes. Tel est surtout le cas où la convention a été conclue au nom du tiers et pour lui [8], ou lorsque lui et l'un des contractants ne sont regardés que comme une seule personne [9], ou lorsque l'objet de la convention a tourné à son profit [10].

§ 598. VI. *Des espèces de conventions.*

A. Généralités.

Les conventions qui produisent des créances sont, en général :

A. Ou *conventions principales*, qui existent par elles-mêmes, ou *conventions accessoires*, qui se rapportent à une convention principale. Ces dernières sont à leur tour de diverses espèces :

1. Elles peuvent modifier la nature générale de la convention principale (§ 456-457).

2. Leur but peut aussi être de garantir les droits résultant de la convention principale (§ 458-465). La validité des conventions accessoires est toujours subordonnée à l'existence et aux effets de la convention principale ; elles subsistent et tombent avec cette dernière [11].

B. Les conventions se divisent encore en conventions qui n'obligent qu'une des parties contractantes (telles sont les donations), et en conventions qui donnent naissance à des obligations *réciproques*, par exemple, la vente, le louage. Les premières s'appellent *unilatérales*, les secondes *bilatérales* ou *synallagmatiques*. Quant à ces dernières, nous remarquerons ici les règles suivantes :

1. Elles ne donnent lieu qu'à une action en exécution de la convention et aucune des parties ne peut de son côté s'en départir, lors même que l'autre n'aurait pas rempli son obligation [12] ; cette règle souffre exception, lorsque cette clause a été expressément convenue [13], lorsque l'une ou l'autre des parties s'est réservé la faculté de se départir [14]; ou lorsque l'exécution, après la demeure du débiteur, ne serait plus d'aucune utilité pour le créancier [15].

2. La prestation de l'une des parties est subordonnée à la prestation de l'autre. Ainsi, celui

---

[1] § 11, J. III, 19 (20). — fr. 1, § 11 ; fr. 31, D. XLIV, 7. — fr. 26 ; fr. 35, § 1, D. XLV, 1.

[2] § 11 in fine, J. cit. — fr. 7, D. XLV, 1.

[3] Fr. 7, § 3 ; fr. 27, § 3, 4, D. II, 14. — fr. 123, D. XLV, 1.

[4] Fr. 50, D. II. 14. — fr. 121, § 1, D. XLV, 1.

[5] Fr. 16, D. XXXIII, 2. — fr. 37, D. XXXV, 1. — Const. 8, C. IV. 6.

[6] Code, VII, 60. — fr. 74, D. L, 17. — Const. 25, C. II, 3. — Const. 13, C. VIII, 38. Cpr. fr. 59, 143, D. L, 17. — fr. 52, § 1, D. II, 14. — Les droits qui dérivent de conventions *conditionnelles* passent aussi aux héritiers. fr. 8. pr. D. XVIII, 6. — fr. 57, D. XLV, 1. — § 4. J. III, 15 (16). — § 25, J. III, 19 (20).

[7] Le premier de ces deux cas arrive surtout dans les conventions où il s'agit de capacité et de confiance personnelles ; le second peut souvent résulter des termes de la convention. Par exemple : fr. 52, § 3, D. II, 14.

[8] Fr. 12, 14, 15, D. ibid.

[9] Inst. II, 9 ; III, 28 (29). — § 4 in fine, J. III, 19 (20). — Const. 1, 3. C. V, 39.

[10] § 4. J. IV, 7. — Dig. XV, 3. — Const. 3, C. IV, 26. — Cpr. plus loin, les §§ 425, 430.

[11] Fr. 16, pr. ; fr. 32 ; fr. 46, D. XLVI, 1. — fr. 2, D. XX, 3. — fr. 6, pr. D. XX, 6. — fr. 9 ; fr. 13, pr. D. XIII, 17. — Const. 1. 2. C. VIII, 35

[12] Const. 5 ; C. IV, 10. — Const. 3, C. IV, 44. — Const. 17, C. II, 4. — Const. 2, C. IV, 45.

[13] Fr. 51, § 1, D. XIX, 1. — Dig. XVIII, 3. — Code, IV, 54.

[14] Fr. 33, pr. D. XVIII, 1.

[15] Const. 6, C. IV, 54.

qui veut actionner l'autre partie pour obtenir l'exécution d'une telle convention doit, de son côté, l'avoir pleinement exécutée ou être prêt à l'exécuter; autrement le défendeur pourrait opposer l'exception *non impleti contractus* au demandeur qui, de son côté, doit prouver qu'il a exécuté la convention [1].

§ 399. *B. D'après le droit romain, en particulier.*

1. *Des contrats et des pactes.*

La division la plus importante des conventions était, en droit romain, celle en *contrats* et en *pactes* (*contractus, pacta*). Les premiers étaient les conventions qui, dans l'ancien droit romain, produisaient déjà une *obligatio* et une *actio* (*quæ habent causam civilem*) [2]. Toutes les autres conventions étaient des *pactes*. Les pactes étaient obligatoires, il est vrai, en morale, mais ils ne produisaient qu'une obligation naturelle (§ 368), et ne donnaient lieu qu'à un droit de rétention et à une exception, jamais à une action [3]. Mais par la suite, quelques pactes reçurent des actions par lesquelles on leur donna la même force et les mêmes effets qu'aux contrats (§ 401) [4].

§ 400. 2. *Revue des conventions qui, en droit romain, produisaient une action.*

Pour qu'une convention pût donner naissance à une obligation, le droit romain exigeait en général une forme extérieure de la convention. Cette forme était de deux espèces : *verbale* (*verbis* contrahitur obligatio) et *littérale* (*litteris* contrahitur obligatio). *Toute* convention pouvait, par l'observation d'une de ces deux formes, donner naissance à une action. La *causa civilis* reposait bien moins dans l'accord réel de la volonté des contractants, que dans la forme de la convention; ces contrats, essentiels quant à la forme, étaient *stricti juris* [5]. Mais cette règle souffrait des exceptions. En effet, déjà dans l'ancien temps, il y avait des conventions affranchies de toute espèce de forme. Telles étaient :

1. Les obligations qui se formaient par le seul consentement des parties (*obligationes quæ* solo consensu *contrahuntur*), et qui, pour donner naissance à une obligation et à une action, n'exigeaient que le consentement des parties contractantes.

2. Les obligations qui se contractaient par la chose (*obligationes quæ* re *contrahuntur*), dont la cause consistait en ce que l'un des contractants avait déjà donné ou presté à l'autre quelque chose, que celui-ci devait rendre ou pour laquelle il devait, à son tour, donner ou prester quelque chose [6]. Ces contrats dépourvus de formes étaient, à l'exception du *mutuum*, des *contractus bonæ fidei*.

3. Les *pactes* auxquels, par exception, on avait accordé une action et qui étaient :

a) Les *pacta contractui bonæ fidei adjecta* (§ 456-457).

b) Les *pacta legitima* (§ 458).

c) Les *pacta prætoria* (§ 466).

TITRE PREMIER.

DES CONTRATS.

§ 401. Causa obligationum ex contractu.

Les contrats sont, en droit romain, d'après la diversité du fondement de l'action civile, de quatre espèces : en effet, ils se forment par le consentement respectif des parties, par la remise d'une chose, par des expressions solennelles que les parties doivent prononcer, ou enfin par écrit; *obligationes, quæ sunt ex contractu, aut* consensu *contrahuntur, aut* re, *aut* verbis, *aut* litteris [7].

[1] Fr. 13, § 8; fr. 25, D. XIX, 1. — Const. 21, C. II, 3. — J. F. Wahl, *Diss. de natura et indole exceptionis implementi non secuti seu pacti et contractus non impleti.* Gœtt. 1751. — J. Volkmann, *De exceptione non impleti contractus.* Lips. 1829. — Steinfeld, *De defensione rei ex fundamento contractus non adimpleti oriunda.* Marburgi, 1841.

[2] Fr. 7. pr. § 1-4. D. II, 14.

[3] Fr. 1. pr.; fr. 7, § 4, D. ibid.

[4] Langsdorf, *Tract. de pactis et contractibus Romanorum et de vero hujus doctrinæ nexu atque systemate ex idiomate Romanorum.* Mannh. 1772. — Jaeger, *Diss. de origine et progressu discriminis contractuum atque prætorum apud Romanos.* Francof. 1827. — Erxleben, *De contractuum innominatorum indole ac natura.* Gœtt. 1835.

[5] Quant à la différence qui existe entre *obligationes et actiones stricti juris* et *bonæ fidei*, v. le § 206.

[6] § 2. J. III, 13 (14). — Cpr. fr. 52, D. XLIV, 7. — Gajus, III, 89.

[7] Gajus, III, 89. — § 2, J. III, 13 (14). — fr. 52, D. XLIV, 7.

I. *Obligationes, quæ consensu contrahuntur.*

§ 402. *Notion et espèces.*

Les conventions qui n'exigent, pour produire une obligation et une action, que le consentement des parties contractantes, dans lesquelles par conséquent l'obligation se contracte par le consentement (*obligatio* consensu *contrahitur*), sont : le *contrat de vente*, le *contrat de louage*, le *contrat emphytéotique*, le *contrat de société*, et le *mandat* [1]. Les modernes les nomment *contrats consensuels.*

§ 403. 1. *Du contrat de vente.*

A. *Notion.*

La vente (*emtio et venditio*) est un contrat par lequel l'une des parties promet de livrer à l'autre une chose pour un prix convenu. Le premier s'appelle *vendeur* (*venditor*); le second, *acheteur* (*emtor*) [2].

§ 404. B. *De l'objet de la vente.*

La *chose* qui est vendue, et le *prix* qui en est payé, sont les objets du contrat de vente.

A. La chose doit être dans le commerce et à la disposition du vendeur [3]. Sous ces deux conditions, on peut vendre :

1. Toutes choses corporelles et incorporelles; et quant à ces dernières, des droits réels aussi bien que des créances [4].

2. Des choses particulières et des universalités de choses; par exemple, une succession [5].

3. Des choses présentes et futures. Si le gain de ces dernières dépend d'un cas fortuit, comme un coup de filet dans la pêche, ou s'il est d'ailleurs incertain, comme les fruits futurs, il faut examiner la manière dont le contrat a été conclu : si les contractants sont convenus que le prix d'achat serait fixé d'après la quantité du gain, ou bien purement et simplement. Dans le premier cas, il y a *emtio rei speratæ;* dans le second, où les parties doivent s'en rapporter à l'événement [6], il y a *emtio spei.*

B. Le prix de vente doit consister en une somme d'argent, relativement ou absolument déterminée (*certum*) [7] ; car la convention ne serait pas obligatoire si l'une des parties restait libre de déterminer arbitrairement ce qu'elle devra payer ou recevoir ; le prix doit être sérieux (*verum*) [8], et se trouver dans une certaine proportion avec la valeur réelle de la chose (*justum*) [9].

§ 405. C. *Quand est-elle parfaite?*

Le contrat de vente est parfait et les obligations réciproques auxquelles il donne naissance sont produites, aussitôt que le consentement des deux parties sur la chose et sur le prix existe ; de même que tous les autres contrats consensuels, la vente n'a besoin, pour être parfaite, d'aucune écriture [10]; ce principe souffre exception :

1. Lorsqu'il a été expressément convenu qu'elle serait constatée par écrit ; elle n'est alors parfaite que par la signature des parties [11].

2. Lorsque des choses qu'on a l'habitude de goûter d'abord sont vendues *ad gustum;* le contrat n'est parfait que lorsque l'acheteur les a goûtées et trouvées convenables [12].

---

[1] Gajus, III, 135-137. — Inst. III, 22 (23). — Doneau, *Comm. jur. civ.* XII, 10. — J. d'Avezan, *Contractuum libri II;* dans Meerman, *Thes.* t. IV, p 1. 75

[2] Gajus, III, 139, 141. — Paul, II, 17. — Inst. III, 23 (24). — Dig. XVIII, 1, 6; XIX, 1. — Cod. Theod. III, 1. — Cod. Just. IV, 38, 40, 44-54. — *Fragm. Vaticana,* tit. ex emto et vendito. — Doneau, *Comm.* lib. XIII. c. 1-5. — Glück, *Comm.* 16e part. § 972-989. — Léonard de Selliers, *Spec. de contrahenda emtione venditione sec. jus romanum* Bruxell. 1826.

[3] Fr. 34, § 1, D. XVIII, 1. Néanmoins, la vente de la *chose d'autrui* produit un lien obligatoire entre les contractants eux-mêmes, en obligeant le vendeur à la garantie. fr. 28, D. ibid. — Cpr plus loin, le § 407.

[4] Par exemple : des *servitudes,* fr. 80, § 1. D. ibid.; une *créance,* Dig XVIII, 4. — Code, IV, 39. — *V.* plus haut, le § 369.

[5] Dig. XVIII, 4. — Code, IV, 39. — Glück, *Comm.* 16e part. § 1013-24.

[6] Fr. 8, § 1 ; fr. 39, § 1 ; fr. 78, § 3, D. XVIII, 1. — fr. 11. § 18 in fine; fr. 12, D. XIX, 1. — Glück, *Comm.* 4e part. p. 194; 16e part. p. 32.

[7] § 1, 2, J III. 23 (24). — fr. 1, pr. D. XIX, 4. — fr. 7, § 1, D. XVIII, 1.

[8] Fr. 36, D. XVIII, 1. — Const. 8, C. IV, 38. — fr. 46. D. XIX, 2. — fr. 66, D. XXIII, 3.

[9] Fr. 38, D. XVIII, 1. — Const. 2, 8, C. IV, 44. — C. Jopke, *Diss. de pretio in emptione.* Traj. ad Rhen. 1828.

[10] Fr. 38, D. XLIV, 7. — C. Crousse, *Diss. de contrahenda emtione et venditione ex jure romano.* Lovan. 1824.

[11] Pr. J. III, 23 (24). — fr. 1, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 2, D. XLIV, 7. — Const. 4, C. IV, 48. — Cpr. const. 17, C. IV, 21.

[12] Fr. 34, § 5, D. XVIII, 1. — fr. 4, pr. § 1, D. XVIII, 6. — J. C. Gensler, *Pr. de emtione venditione, quæ fit ad mensuram, ad numerationem ponduseve,*

§ 406. D. *Des effets de la vente.*

1. *Des risques et périls et de la propriété de la chose vendue.*

1. Dès que le contrat de vente est parfait, tous les risques de la chose vendue (*periculum rei*), de même que tous les avantages qu'elle produira (*commodum rei*) passent à l'acheteur [1]; peu importe, à défaut d'autres conventions, que ces avantages proviennent de la chose elle-même ou extérieurement. Cette règle est néanmoins sujette aux exceptions suivantes :

a) Lorsque des choses fongibles ont été vendues à la mesure, au nombre ou au poids, les risques ne sont à charge de l'acheteur que du moment où les choses lui ont été mesurées, comptées ou pesées; mais si les choses fongibles ont été vendues en bloc (*in aversionem*), elles sont aux risques de l'acheteur dès le moment où la vente a été contractée [2].

b) Lorsque la vente a été faite sous condition, les risques ne sont à charge de l'acheteur qu'à l'événement de la condition. Si, *pendente conditione*, la chose périt par cas fortuit, le dommage qui en résulte est à la charge du vendeur; mais si la chose n'est que détériorée, l'acheteur supporte le dommage lorsque la condition se réalise par la suite [3]. Ceci a également lieu pour le cas où le prix de la vente est confié à l'arbitrage d'une tierce personne; cette convention est en effet une vente conditionnelle dont l'effet dépend uniquement du prix à fixer par la tierce personne [4].

3. Lorsque plusieurs choses ont été vendues alternativement, elles restent, jusqu'au choix, aux risques et périls du vendeur; mais si elles périssent toutes avant le choix, celle qui est détruite la dernière par cas fortuit, périt pour l'acheteur [5].

4. L'acheteur n'acquiert la *propriété* de la chose vendue que par la tradition et après en avoir payé le prix, à moins qu'elle n'ait été vendue à crédit : l'acheteur devient, dans ce cas, propriétaire par l'effet seul de la tradition [6].

§ 407. 2. *Des obligations des parties contractantes, en particulier.*

a. *Des obligations du vendeur.*

Les obligations auxquelles le contrat de vente donne naissance, se rapportent tant au vendeur qu'à l'acheteur.

Le vendeur est obligé :

1. A livrer à l'acheteur la chose vendue, aux temps et lieu fixés, avec tous ses accessoires et tous les fruits perçus depuis la conclusion du contrat [7]; mais, à défaut d'autre convention, seulement après en avoir reçu le prix [8].

2. Il est responsable de toute faute, mais il n'est point tenu à la *custodia*, s'il ne s'y est spécialement obligé [9].

3. Il est tenu, d'après une disposition particulière de l'édit édilitien [10], des défauts cachés (*morbi, vitia*), dont la chose était atteinte au temps du contrat [11], quand même il ne les aurait pas connus [12]; il est responsable de

---

vel ad gustum capita nonnulla scrutans. Jenæ, 1814. — Glück, *Comm.* 16e part. § 981; 17e part. § 1036.

[1] § 3, J. III, 23 (24). — Dig. XVIII, 6. — Code, IV, 48. — J. de Hein,. *De periculo et commodo rei venditæ et traditæ sec. jus rom.* L.-B. 1824. — Glück, *Comm.* 17e part. § 1033-38.

[2] Fr. 35, § 5-7; fr. 62, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 4, § 1, 2; fr. 10, § 1, D. XVIII, 6. — Const. 2, C. IV, 48.

[3] Fr. 8, pr. D. XVIII, 6. — fr. 7, pr. D. XVIII, 1.

[4] § 1, J. III, 23 (24). — Const. 15, C. IV, 38. — Cpr. Gajus, III, 140.

[5] Fr. 34, § 6, D. XVIII, 1. — fr. 95, pr. D. XLVI, 3.

[6] § 41, J. II, 1. — fr. 11, § 2, D. XIX, 1. — fr. 19, 53, D. XVIII, 1. — fr. 5, § 18, D. XIV, 4.

[7] § 3 in fine, J. III, 23 (24). — fr. 7, pr. D. XVIII, 6. — fr. 11, § 13; fr. 13, § 10, 13, 18, D. XIX, 1.

[8] Fr. 13, § 8; fr. 50, D. ibid. — Les fr. 21, § 3; fr. 1, pr; fr. 12, D. ibid., déterminent les intérêts à payer par le vendeur s'il ajourne la livraison de la chose. — Kussner, *Quid statuendum sit de quæstione inde a glossatorum ætate varie tractata :* « Utrum venditor, qui tradere potest, teneatur omnimodo ad rem tradendam, quam vendidit, an solvendo id, quod interest, obligationi satisfaciat. » Regiom. Pruss. 1841.

[9] Les jurisconsultes romains différaient d'opinion quant à la *custodia*. Cpr. fr. 5, § 2, D. XIII, 6. — fr. 31, § 11, 12, D. XXI, 1. — fr. 13, § 16, D. XIX, 1. — fr. 14, pr. D. XLVII, 2 avec le fr. 36, D. XIX, 1. — fr. 3; fr. 14, § 1, D. XVIII, 6 et la décision de Justinien au § 3, J. III, 23 (24). — Lœhr, *Theorie der Culpa*, p. 150 et ses *Beitraege zur Theorie der Culpa*, p. 186. — Hasse, *Von der Culpa*, p. 386 et 513.

[10] Dig. XXI, 1. — Code, IV, 58. — L'édit édilitien ne s'appliquait, dans le principe, qu'à la vente des *esclaves* et des *bêtes de somme;* mais, dans la suite, il fut étendu non-seulement à toutes les autres choses, mais également à tous les contrats onéreux translatifs de propriété. fr. 1, pr.; fr. 19, § 5; fr. 38, pr. § 5; fr. 49; fr. 63, D. ibid. — Const. 4, C. ibid. Déjà Cicéron, *De Officiis*, III, 16, 17, parle de cette double extension. D'un autre côté, il ne s'applique ni à la donation ni au contrat de louage. fr. 62, 63, ibid. — C. Dedel, *De auctoritate præstanda a venditore rei vitiosæ.* Traject. ad Rhen. 1827.

[11] Fr. 54, D. XXI, 1. — Const. 3, C. IV, 58.

[12] S'il les connaissait et s'il a gardé le silence, il est en dol, et est tenu de toutes les conséquences (*omne id quod interest*). Const. 1, C. IV, 58.

toutes les qualités spécialement déterminées que la chose doit avoir ou dont elle doit être affranchie (*dicta, promissa*) [1]. Ainsi, lorsque la chose vendue est entachée de défauts cachés, ou lorsque les *dicta et promissa* ne se vérifient pas, l'acheteur, sans distinguer si les défants sont capitaux ou accessoires, a toujours le choix d'actionner, soit en résiliation du contrat, soit en diminution de prix [2]. Dans le premier cas, il a l'action *redhibitoria;* dans le second cas, l'action *quanti minoris.* La première dure six mois, la seconde une année, lorsque le vendeur a donné caution pour les défauts de la chose; dans le cas contraire, la première doit être intentée endéans deux mois, la seconde, endéans six mois [3]. D'après sa nature, l'action rédhibitoire ne peut être intentée qu'une seule fois, l'action *quanti minoris,* aussi souvent qu'on découvre un nouveau vice [4].

4. Enfin, le vendeur est tenu de garantir à l'acheteur l'éviction de la chose (*evictionem prœstare*), lorsque son droit lui est contesté par un tiers [5], lors même qu'il n'aurait point expressément promis la garantie en cas d'éviction et qu'il n'aurait pas su que la chose appartînt à autrui [6]. Sous ce dernier rapport, il est à remarquer que celui qui vend sciemment la chose d'autrui, doit indemniser *omne id quod emtoris interest,* et que le *juramentum in litem* (§ 580) est admis contre lui; mais si aucun dol ne lui est imputable, il n'est tenu que de réparer envers l'acheteur le dommage réellement causé et qui doit être estimé d'après la valeur réelle de la chose au temps de l'éviction [7]. Cependant l'obligation de garantir l'éviction n'incombe au vendeur, le cas de dol excepté, que lorsque, par voie de jugement, l'acheteur a été dépossédé de la chose par le juge ordinaire [8], et qu'il n'a négligé aucun moyen de défense. Ainsi le vendeur n'est pas tenu de la garantie, lorsque la chose périt par cas fortuit, ou lorsqu'un ordre du prince en privait l'acheteur [9]. L'acheteur doit donc avertir le vendeur de l'action intentée contre lui, et requérir son assistance pour défendre ses droits (*litem denuntiare*) [10]. D'ailleurs l'obligation de garantir la chose livrée de l'éviction a non-seulement lieu dans le contrat de vente, mais également dans tous les contrats onéreux; ainsi, dans l'échange, dans le partage d'une succession, dans le compromis, dans la *datio in solutum,* etc.; elle n'a pas lieu dans la donation. Le bailleur doit aussi garantir la jouissance au preneur, *ut conductori re frui liceat* [11].

§ 408. b. *Des obligations de l'acheteur.*

De son côté, l'acheteur est obligé :

1. A payer le prix d'acquisition au moment de la livraison de la chose, si aucune autre convention n'est intervenue; s'il est de ce chef en demeure, il doit payer les intérêts moratoires. Il est constitué en demeure lorsque le laps de temps fixé pour le paiement est écoulé; lorsque, dans le cas où le prix a été crédité pour un temps indéterminé, il a été averti par le vendeur; enfin lorsque, dans le cas où le prix n'a pas été crédité, dès le moment où la livraison a eu lieu [12]. Lors même que par le non-paiement du prix d'achat, l'acheteur n'est pas en demeure, parce qu'il a des motifs légitimes

[1] Fr. 18; fr. 19, pr. § 2; fr. 38, § 10, D. XXI, 1. — fr. 66, pr. D. XVIII, 1.

[2] Fr. 1, § 6, 8; fr. 18, pr.; fr. 19, § 1, D. XXI, 1. — fr. 25, § 1, D. XLIV, 2. — J. N. Dietz, *Diss. de electivo concursu actionis redhibitoriæ cum actione quanti minoris.* Giess. 1789. — L'ancienne opinion, d'après laquelle l'action rédhibitoire n'est applicable qu'à un défaut capital, et l'action *quanti minoris* à un moindre défaut, est défendue par J. H. Westhoff, *Vindiciæ communis doctrinæ de actione redhibitoria ob vitium rei venditæ minus principale haud competente adversus Feuerbachii objectiones.* Helmst. 1804.

[3] Fr. 19, § 6; fr. 28; fr. 31, § 22; fr. 38, pr.; fr. 55, D. XXI, 1.—Const. 2, C. IV, 58.—H. ab Aschen, *Diss. de præscriptione redhibitionis.* Gœtt. 1786.

[4] Fr. 31, § 16; fr. 48, § 7, D. XXI, 1. — Ces actions ne s'éteignent pas par l'usage qu'on fait de la chose.

[5] Dig. XXI, 2. — Code, VIII, 45. — Doneau, *Tr. de evictione et duplæ stipulatione;* dans ses *Op. prior.* p. 212. — D'Arnaud, *Variar. conjec.* II, 16. — J. H. Bœhmer, *Exercit. ad Dig. IV,* n° 62. — Glück, *Comm.* 20e part. § 1115 et suiv.

[6] Fr. 19, D. XXI, 2. — Const. 6, 25, C. VIII, 45. — Const. 5, C. IV, 52.

[7] Fr. 64; fr. 66, § 3; fr. 70, D. XIX, 1. — fr. 45, pr. D. XIX, 1. — Chez les Romains, la *stipulatio duplæ* était très-usitée pour le cas de l'éviction, et lorsqu'elle avait eu lieu, on pouvait toujours, au moyen de l'action *ex stipulatu,* exiger le double, lorsqu'on était évincé de la chose *entière.* fr. 42, 43, 56, § 2, D. XXI, 2. — Chr. G. Kustner, *Pr. de actione ex dupla emtori, cui res evicta est, competente.* Lips. 1762. — Sur l'éviction *partielle, v.* : fr. 1; fr. 64, § ult. D. XXI, 2.

[8] Fr. 34, 35, D. XXI, 2.

[9] Fr. 11, pr. D. XXI, 2. — Const. 17, C. IV, 49.

[10] Fr. 34, pr.; fr. 51, § 1; fr. 53, § 1; fr. 55, § 1; fr. 56, § 4-7; fr. 63, § 2, D. XXI, 2. — Const. 8, 9, 20, 23, C. VIII, 45.

[11] Fr. 9, pr. D. XIX, 2. Les fr. 33, 34, 35, pr. D. eod., ne sont pas contraires.

[12] Fr. 13, § 20, D. XIX, 1. — Const. 2, C. IV, 32. — Const. 5, C. IV, 54. — fr. 88, D. L, 17. — fr. 18, pr. D. XXII, 1.

pour retenir le prix, par exemple, à cause d'une éviction imminente ou parce que le juge a saisi le prix, il doit néanmoins tenir compte des intérêts légaux et il ne peut se libérer de cette obligation qu'en consignant judiciairement le prix [1].

2. Il est également tenu de toute faute [2], et en général obligé à garantir à l'acheteur les deniers qu'il a payés pour prix d'achat [3].

3. Enfin, il doit rembourser au vendeur les impenses que celui-ci a faites pour la conservation de la chose depuis la conclusion du contrat [4].

§ 409. 3. *Des actions du contrat de vente.*

Le contrat de vente donne naissance à deux actions : l'une, pour le vendeur, et appelée *actio venditi;* l'autre, pour l'acheteur, et nommée *actio emti*. L'une et l'autre sont des actions directes, et tendent à faire exécuter les obligations que le contrat de vente produit, soit de plein droit, soit d'après des conventions particulières (*ex pactis adjectis*, §§ 456 et 457) [5].

§ 410. E. *De la rescision de la vente.*

La vente peut être rescindée :

1. Par le consentement réciproque des deux parties (*mutuo dissensu*), pourvu qu'elle n'ait pas encore reçu son exécution ; car autrement l'exécution même du contrat aurait déjà éteint les obligations qu'il avait produites [6].

2. Sur la demande de l'un des contractants :

a) Lorsqu'il s'est réservé le droit de se départir du contrat, pendant un certain laps de temps [7].

b) Lorsque l'un ou l'autre des contractants a été lésé de plus de moitié du prix (*læsio ultra dimidium* s. *enormis*), c'est-à-dire si ce qu'il a reçu ne valait pas la moitié de ce qu'il a donné [8]. La partie lésée peut actionner en rescision du contrat, mais le défendeur a le choix de laisser rescinder la vente ou de réparer la lésion [9]. Le bénéfice de la lésion énorme cesse lorsqu'on y a renoncé expressément ou tacitement [10], lorsqu'un testateur a ordonné de vendre une chose pour un prix déterminé [11], dans le cas d'une *emtio spei* [12], et enfin dans les ventes publiques.

§ 411. II. *Du contrat de louage.*

A. *Notion.*

Le contrat de louage (*locatio et conductio*) [13] est un contrat par lequel quelqu'un (*locator*, le bailleur) promet de procurer la jouissance et l'usage d'une chose, ou de faire un travail ou un ouvrage, à un autre (*conductor*, le preneur) pour un prix déterminé (*loyer, fermage, salaire, merces*). Le *merces* du louage est aussi essentiel que le *pretium* de la vente, et tout ce qui a été dit de l'un est aussi applicable à l'autre [14].

Le contrat de louage est parfait, et par conséquent les obligations auxquelles il donne naissance existent, aussitôt que les contractants sont convenus de la chose et du *merces* [15], à moins qu'ils n'aient été d'accord pour le rédiger par écrit [16].

§ 412. B. *Des espèces de louage.*

Le contrat de louage, par rapport à son objet, se divise dans les espèces suivantes :

---

[1] Const. 5, C. IV, 49 comparée avec les fr. 7 ; fr. 18, § 1, D. XXII. 1. — fr. 13, § 20, D. XIX, 1. — Const. 6, 9, C. IV, 32.

[2] *V.* les passages indiqués, § 407, notes 8 et 9.

[3] Fr. 11, § 2, D. XIX, 1.

[4] Const. 16, C. IV, 49. — fr. 13, § 22, D. XIX, 1.

[5] § 1, J. III, 23 (24). — fr. 11. pr. ; fr. 13, § 19, D. XIX. 1. — Code, IV, 49. — Glück, *Comm.* 17e part. 1040-43.

[6] § 4, J. III, 29 (30). — Cpr. fr. 6, § 2, D. XVIII, 1. — fr. 3 ; fr. 5, § 1, D. XVIII, 5. — fr. 35, D. L, 17. — Code, IV, 45.

[7] Fr. 3, D. XVIII, 1. — Const. 4, C. IV, 58. — Dig XVIII, 5.

[8] Voet, *Comm. ad Pand* lib. XVIII, tit. 5, § 5, pense autrement quant à l'acheteur.

[9] Const. 2, C. IV, 44 comparée avec la const. 8, C. ibid. — Ces rescrits ne parlent à la vérité que du vendeur ; en pratique on les étend non-seulement à l'acheteur, mais également à tous les contrats onéreux. — C. Thomasius, *Diss. de æquitate cerebrina L.* 2, *C. de rescr. emt. vend.* Halæ, 1706, et *Diss. acad.* t. III, n° 73. — Nic. Stampeel, *Diss. de libello actionis ob læsionem enormem instituendæ non disjunctive concipiendo.* Helmstad. 1774. — L. J. Wichers, *Diss. de remedio L.* 2. *C. de rescind. emt. vend.* Grœning. 1805. — De Bouwier, *Diss. de rescindenda venditione ob læsionem enormem.* Traj ad Rhen. 1824. — Glück, *Comm.* 17e part. n° 1028-1032.

[10] Arg. fr. 38, D. XVIII, 1.

[11] Fr. 49, § 9, D. XXX.

[12] Fr. 8, § 1, D. XVIII, 1.

[13] Gajus, III, 142. — Inst. III, 24 (25). — Dig. XIX, 2. — Code, IV, 65. — Donean, *Comm.* XIII, 6-9. — A. G. L. Anicholt, *De contractu locationis et conductionis.* Lugd.-Bat. 1815. — Glück, *Comm.* 17e part. § 1044-1060 ; 18e part. § 1060-1064. — P. Henot, *De tit. Pand. locati conducti.* Lovan. 1820.

[14] Fr. 20, § 1 ; fr. 46, D. XIX, 2.

[15] Pr J. III, 24 (25). — fr. 1, D. XIX, 2. — fr. 2, D. XLIV, 7.

[16] Arg. pr. J. III, 23 (24). — Const. 17, C. IV, 21.

A. Le louage des *choses* (*locatio et conductio rerum*) ; ces choses peuvent être :

1. Soit meubles, soit des héritages urbains (*prædia urbana*); le louage s'appelle alors *bail à loyer* et le preneur se nomme *locataire* (*inquilinus*).

2. Soit au contraire des héritages ruraux, alors le louage prend le nom de *bail à ferme* et le preneur, celui de *colon*, *fermier* (*colonus*).

B. Le louage d'*ouvrage* (*locatio et conductio operarum*), qui est de deux espèces :

1. Celui où un domestique ou un ouvrier promet de faire un ouvrage pour un certain gage.

2. Et celui où l'on entreprend de confectionner un ouvrage pour une rétribution déterminée (*locatio et conductio s. redemptio operis*). Celui qui paie le prix est en même temps *locator operis* et *conductor operarum*; celui qui entreprend l'ouvrage, *conductor s. redemtor operis* et *locator operarum* (§ 417).

§ 413. 1. *Du louage des choses.*

a. *De son objet.*

Deux conditions sont requises pour le louage des choses : une *chose* qui en forme l'objet, et le *loyer* (*merces, pensio*), que l'on paie pour l'usage et la jouissance de cette chose.

1. Toute chose, meuble ou immeuble, corporelle ou incorporelle, peut former l'objet du louage, mais il ne faut pas qu'elle se consomme par l'usage [1]; on peut même donner à bail la chose d'autrui, comme la sienne propre [2]. Lorsque le locataire ou le fermier donne à son tour la chose louée à bail, ce qu'il est libre de faire à défaut de convention contraire, il fait une sous-location (*sublocatio et subconductio*) [3].

2. La rétribution du louage doit réunir les mêmes qualités que le prix du contrat de vente (§ 404). Il doit donc consister en une somme d'argent déterminée [4]; néanmoins, dans le louage d'une chose qui produit des fruits, le prix peut consister en une partie des fruits ; le fermier qui donne une quote-part de la récolte s'appelle *colon partiaire* (*colonus partiarius*) [5].

§ 414. b. *Des obligations des parties contractantes.*

α. *Des obligations du bailleur.*

Le contrat de louage des choses soumet les contractants à des obligations réciproques : en effet, du moment où le contrat est parfait, ils sont tenus de toute faute, de la *diligentia* et de la *custodia* de la chose ; le dommage seul arrivé par cas fortuit ne doit pas être réparé [6]. Lorsque, dans le louage d'un bien rural, le fermier reçoit le bétail qui y appartient, sous la condition que lorsque le bail à ferme sera fini, il sera obligé de rendre un bétail de même valeur (*contractus socidæ*), il devient propriétaire du bétail, et supporte comme tel la perte fortuite [7].

Mais le bailleur est en particulier obligé :

1. A remettre au preneur la chose pour l'usage auquel elle est destinée et de la lui laisser pendant tout le temps du bail; cette règle souffre exception, lorsque le bailleur est mis dans la nécessité d'user de la maison louée pour lui-même ou pour les siens et qu'il peut le prouver, ou lorsque la maison réclame des réparations urgentes, ou lorsque le preneur fait un mauvais usage de la chose louée [8], ou lorsqu'il laisse passer deux ans sans payer de loyer [9].

2. Le bailleur doit garantir au preneur l'usage et la jouissance de la chose [10] et les lui conserver pendant le temps du bail dans un état tel, que le preneur puisse en faire l'usage auquel elle est destinée [11].

3. Enfin, le bailleur doit, à défaut de con-

[1] Par exemple : fr. 12, § 2, D. VII, 1. « *Usufructuarius* vel ipse frui ea re, vel alii fruendam concedere, vel locare, vel vendere potest. » — fr. 9, § 1; fr. 25, § 1, D. XIX, 2. — fr. 66, D. XXIII, 3. — Néanmoins, les servitudes réelles ne peuvent être louées sans l'héritage auquel elles appartiennent. fr. 44, D. XIX, 2.

[2] Fr. 12, § 2, D. VII, 1. — fr. 23, pr. D. XX, 1. — fr. 35, § 1, D. XIX, 1.

[3] Const. 6, C. IV. 65.

[4] Pr. J. III, 24 (25). — fr. 2, pr.; fr. 25, pr. D. XIX, 2.

[5] Fr. 25, § 6; fr. 35, § 1, D. ibid. — Const. 21, C. IV. 65.

[6] Const. 1, 28, C. IV, 65. — Cpr. § 5, J. III, 24, (25). — fr. 25, § 7, D. XIX, 2. — fr. 5, § 15 in fine, D. XIII, 6. — fr. 9, § 2, D. XIX, 2. — Lœhr, *Theorie der Culpa*, p. 148. — Hasse, *Von der Culpa*, p. 492.

[7] De là l'adage allemand : *Eisern Vieh stirbt nicht.* — fr. 3; fr. 54, § 2, D. XIX, 2. — Bertram, *Diss. de contractus socidæ*. Halæ, 1771.

[8] Const. 3, C. IV, 65. — Mais cette constitution ne parle que de maisons louées et ne s'étend pas aux biens ruraux donnés à ferme. Cette opinion n'est pas partagée par G. L. Mencken, *De jure expellendi colonos ob supervenientem necessitatem*. Helmst. 1751; dans ses *Opusc*. Halæ, 1770, n° 15.

[9] Fr. 54, § 1; fr. 56, D. XIX, 2.

[10] Fr. 9, pr. § 1; fr. 30, pr. D. ibid.

[11] Fr. 15, § 1; fr. 58, § 2; fr. 25, § 2, D. ibid. — Cpr. cep. le fr. 25, § 4, D. ibid.

vention contraire, payer les charges publiques dont la chose est frappée [1] et rembourser au preneur les impenses nécessaires qu'il a faites pour la chose [2].

§ 415. β. *Des obligations du preneur.*

Le preneur a le droit d'user de la chose et d'en retirer les fruits, dont il n'acquiert néanmoins la propriété que par la perception [3].

D'un autre côté, il est obligé :

1. A payer la rétribution convenue aux termes fixés. Cependant, si une partie considérable des fruits vient à périr par cas fortuit, avant la perception, il a le droit d'exiger, s'il n'y a pas de convention contraire, une diminution proportionnelle des fermages ; mais après la perception, les fruits sont entièrement à ses risques et périls [4].

2. Il ne peut abandonner la chose louée avant que le temps fixé ne soit écoulé [5], à moins que, par des circonstances particulières, il ne lui soit plus permis d'user paisiblement de la chose [6].

3. Il est tenu de restituer la chose au bailleur à la fin du bail [7].

§ 416. γ. *Comment le louage des choses prend fin* [8].

Le louage des choses prend fin :

1. Par le laps de temps convenu. Si, à cette époque, il est immédiatement renouvelé, soit expressément, soit tacitement, on opère une *relocatio*. La tacite relocation a lieu, lorsque le locataire ou le fermier continue, après le temps de son bail écoulé, à user de la chose à la connaissance et sans contradiction de la part du bailleur. Le nouveau bail est régi par les mêmes conditions que le bail expiré, et si rien n'a été convenu ou si les usages locaux n'ont rien déterminé, la durée de la tacite relocation d'un bien rural est toujours d'un an, celle d'un bien urbain continue jusqu'à ce que l'une des parties y renonce [9].

2. Lorsque la propriété du bailleur, qui n'était que temporaire, cesse, le locataire ou le fermier qui connaissait, en contractant le bail, cet état de choses, n'a aucun recours en dommages-intérêts contre le bailleur [10].

3. Lorsque le bailleur vend la chose et n'a point stipulé avec l'acheteur la continuation du bail. L'acheteur, en effet, n'est pas lié par le contrat avenu entre le bailleur et le preneur ; il peut donc expulser ce dernier, qui conserve son recours en dommages-intérêts contre son bailleur. D'un autre côté, le preneur n'est nullement obligé à continuer son contrat avec l'acheteur de la chose, si, en faisant la vente, le bailleur ne lui a pas en même temps cédé le droit qui résulte du contrat [11]. Mais le louage des choses ne finit pas par la mort de l'un ou de l'autre des contractants, si cela n'a été expressément convenu [12].

§ 417. 2. *Du louage d'ouvrage.*

a. *De son objet.*

L'ouvrage qui, dans la *locatio et conductio operarum*, fait l'objet du contrat, doit être licite et tel, qu'il puisse recevoir un prix déterminé, c'est-à-dire qu'il soit ordinairement payé comme salaire et non comme des honoraires [13]. Les mêmes principes que nous avons établis en parlant de la rétribution du louage des choses, s'appliquent au prix du louage d'ouvrage, qui se nomme aussi *manupretium* [14].

---

[1] L'obligation de loger les militaires est regardée, en droit romain, comme une charge réelle à supporter par le bailleur. fr. 3, § 13, 14, D. L, 4. — fr. 11. D. L, 5. — Const. 5, 9, C. XII, 41. D'un autre côté, l'obligation d'entretenir et de nourrir les soldats logés est regardée comme une charge personoelle à supporter par le preneur. — *V.* Glück, *Comm.* 17e part. § 1053.

[2] Fr. 55, § 1, D. XIX, 2.

[3] § 36, J. II, 1. — Cpr. le § 298.

[4] Fr. 25, § 6, D. XIX, 2. — fr. 15, § 2-7, D. ibid. — G. F. Albrecht, *De remissione mercedis ob sterilitatem indulgenda.* Gœtt. 1779. — G. H. Riedesel ab Eisenbach, *Diss. de eo, quod justum est circa remissionem mercedis in locatione conductione ob calamitates bellicas.* Gœtt. 1760.

[5] Fr. 55, § 2, D. XIX, 2.

[6] Fr. 25, § 2 in fine ; fr. 27, § 1 ; fr. 28 ; fr. 13, § 7 ; fr. 33, D. ibid. — Glück, *Comm.* part. 17, p. 478.

[7] § 5 in fine, J. III, 24 (25). — fr. 48, § 1, D. XIX, 2. — Const. 10, C. VIII, 4. — Const. 34, C. IV, 65. — Const. 25, C. ibid.

[8] Car. A. Peschkau, *Diss. de variis modis, quibus locatio conductio finitur.* Lips. 1822.

[9] Fr. 13, § 11 ; fr. 14, D. XIX, 2. — Const. 16, C. IV, 65. — M Paulsen, *Diss. de relocationis tacitæ effectu in prædiis urbanis ad L. 13, § fin. D. loc. cond.* Gœtt. 1775. — Glück, *Comm.* 7e part. p. 278.

[10] Fr. 9, § 1, D. XIX, 2. — fr. 25, § 4, D. XXIV, 3.

[11] Const. 9, C. IV, 65. — Cpr. fr. 25, § 1 ; fr. 32, D. XIX, 2. — fr. 120, § 2, D. XXX.

[12] § 6. J. III, 24 (25). — fr. 19, § 8, D. XIX, 2. — Const. 10, C. IV, 65.

[13] Fr. 5, § 2. D. XIX, 5. « Tale factum esse debet, *quod locari solet.* »

[14] Fr. 30, § 3, D. XIX, 2.

§ 418. b. *Des obligations des contractants.*

De même que dans le louage des choses, les deux parties sont ici tenues de toute faute, de la *diligentia* et de la *custodia* de la chose; elles ne sont pas responsables du cas fortuit [1].

1. Si un cas fortuit rend la prestation de l'ouvrage en tout ou en partie impossible, le *conductor* est obligé à payer le salaire promis, à moins que le cas fortuit n'arrive dans la personne de celui qui a promis son travail, qui ne peut alors réclamer le salaire promis [2].

2. Le dommage causé par cas fortuit dans une entreprise d'ouvrage [3] est en général supporté par celui pour lequel le travail est entrepris [4]. Mais il y a des exceptions à cette règle :

a) Lorsque l'entrepreneur répond du cas fortuit.

b) Lorsque le dommage résulte d'une erreur dans la confection de l'ouvrage ou d'un défaut des matériaux (*in vitio operis*) [5].

c) Si l'on a entrepris un ouvrage sous réserve d'approbation, et que le dommage est arrivé avant l'approbation [6].

d) Lorsqu'un ouvrage est confectionné ou livré par parties ou par mesures, celles qui n'ont pas encore été livrées et acceptées périssent pour compte de l'entrepreneur [7].

e) Lorsque celui qui commande l'ouvrage fournit les matériaux que l'ouvrier ne doit rendre que d'après leur espèce; en effet, le louage prend dans ce cas la nature du prêt [8]. Lorsque l'ouvrier fournit lui-même la matière, il existe plutôt une vente qu'un louage d'ouvrage [9].

§ 419. c. *Comment le louage d'ouvrage finit.*

Le contrat de louage d'ouvrage prend fin :

1. Lorsqu'un seul ouvrage en fait l'objet, par son achèvement.

2. Lorsqu'il se compose d'une série de services de même espèce, par la mort de celui qui doit faire l'ouvrage, et par le laps de temps pour lequel il a été convenu. Mais ici une relocation, expresse ou tacite, peut également avoir lieu, si le serviteur continue à faire l'ouvrage après le laps de temps déterminé. La tacite relocation dure jusqu'à ce qu'une des parties y renonce [10].

3. L'entreprise d'ouvrage finit, lorsque le travail est fait ou l'entreprise achevée, ou si l'entrepreneur meurt auparavant. La relocation peut ici également avoir lieu [11].

§ 420. C. *Des actions qui naissent du contrat de louage.*

Le contrat de louage, soit de choses, soit d'ouvrage, donne naissance à l'action *locati*, pour le bailleur, et à l'action *conducti*, pour le preneur. L'une et l'autre sont des actions directes et tendent à l'exécution des obligations résultant du contrat [12]. Le locataire a aussi, à l'exclusion du fermier, lorsqu'il a rempli ses obligations, l'interdit *de migrando* contre le bailleur, qui ne veut le laisser sortir avec les meubles et tout ce qui lui appartient (*cum invectis et illatis*) [13].

§ 421. III. *Du contrat emphytéotique.*

Le *contrat emphytéotique* (*contractus emphyteuticarius*) est celui par lequel l'un des contractants s'engage à livrer un fonds comme emphythéose, et l'autre à payer une redevance (§ 330). D'un côté, ce contrat a beaucoup de ressemblance avec le contrat de vente, de l'autre, avec le contrat de louage; aussi, les jurisconsultes romains se sont-ils disputés sur la question de savoir si le contrat emphytéotique était une vente ou un louage. Zénon le déclara un contrat particulier et Justinien confirma cette décision [14]. Il est d'ailleurs parfait, comme la vente et le louage, par le seul consentement des contractants, et il a pour effet d'obliger le propriétaire à livrer le fonds à l'emphytéote qui, de son côté, est tenu de payer la redevance. Quant aux cas fortuits, la loi prescrit que la perte totale du bien doit être supportée par le propriétaire, et la perte partielle par l'emphytéote [15]. Mais les parties

[1] Fr. 23, § 7, D. XIX, 2, et les passages cités plus haut, § 414, note 6.

[2] Fr. 38, pr. D. ibid. « Qui operas suas locavit, totius tempŏris mercedem accipere debet, *si per eum non stetit* quominus operas præstet. » — fr. 19, § 9; fr. 13, § 6, D. ibid.

[3] Sur l'ouvrage *locatum conductum*, v. C. A. Haase, *Diss. I, II, de opere locato conducto*. Lips. 1814.

[4] Fr. 59, D. XIX, 2.

[5] Fr. 51, § 1; fr. 62, D. ibid.

[6] Fr. 24, pr. D. ibid.

[7] Fr. 36, 37, D. ibid.

[8] Fr. 31, D. ibid.

[9] Fr. 2, § 1; fr. 22, § 2, D. ibid.—fr. 65, D. XVIII, 1.

[10] Arg. fr. 13, § 11 in fine, D. XIX, 2.

[11] Fr. 13, § 10, D. ibid.

[12] Pr. J. III, 24 (25).

[13] Fr. 1, § 1-3, D. XLIII, 32.

[14] Const. 1, C. IV, 66. — § 3, J. III, 24 (25).

[15] § 3, J. cit. in fine. — Const. 1, cit. in fine.

peuvent, par des conventions *écrites*, s'écarter de celle règle [1].

L'action qui naît, du contrat emphytéotique, qui se donne à l'emphytéote contre le *dominus emphyteuseos*, aussi bien qu'à celui-ci contre l'emphytéote, et qui, des deux côtés, est une action directe, s'appelle aujourd'hui *actio emphyteuticaria*.

§ 422. IV. *Du contrat de société.*

A. *Notion.*

Le **contrat de société** (*societas*) [2] est un contrat consensuel, par lequel plusieurs personnes (*socii*) se réunissent dans un but commun et licite [3] et conviennent des moyens propres à y parvenir. Il est parfait par le seul consentement et l'accord de tous les associés [4].

§ 423. B. *Des espèces de la société.*

1. Relativement à son but, la société est destinée à faire des bénéfices (*societas quæstuaria*), ou elle n'est pas telle. Dans la première espèce, les associés peuvent convenir de mettre en commun tous leurs acquêts et tout leur gain ou une partie seulement de leurs acquêts et de leur gain, ou le bénéfice résultant d'une seule affaire [5].

2. Relativement à son objet, la société est ***universelle***, lorsqu'elle embrasse tous les biens des associés, ou ***particulière***, lorsqu'une partie de leurs biens ou une chose individuelle est commune [6]. Dans ce dernier cas, les associés peuvent mettre en commun la propriété de la chose elle-même ou son usage seulement : les conséquences de ces deux espèces sont très-différentes [7].

3. Dans une société universelle, les biens communs doivent subvenir à toutes les dépenses et dettes des membres individuels [8]; toute autre société, au contraire, n'est tenue que des dettes de la société et nullement des dettes particulières des membres qui la composent [9].

§ 424. C. *Des rapports des associés entre eux.*

Les engagements qui existent entre les associés, en vertu de leur contrat, sont les suivants :

1. Chaque associé doit apporter la part qu'il a promise [10]. Les parts peuvent d'ailleurs différer entre elles, être égales ou inégales, et consister en choses, en argent et en ouvrage ou en industrie [11]. L'ouvrage ou l'industrie ne doit point être illicite [12], et celui qui l'apporte dans la société, doit le faire comme associé et non comme serviteur.

2. Les profits, comme la perte, doivent être partagés entre tous les associés et par portions égales, excepté lorsque le contrat détermine la part de chacun, ou qu'un tiers impartial est chargé de la déterminer [13].

3. L'associé qui administre les biens ou une partie des biens communs, répond de toute faute, et il doit y employer les mêmes soins qu'il donne ordinairement à ses propres affaires [14]; il est obligé de rendre compte de sa

[1] Const. 1 citée : « — *scriptura interveniente.* »

[2] Gajus, III, 148-154. — Inst. III, 25 (26). — Dig. XVII, 2. — Code, IV, 37. — Doneau, *Comm.* XIII, 15-17; XVI, 24. — Glück, *Comm.* 15e part. § 961-971. — Toll, *Diss. de societate*, L.-B. 1752.

[3] Fr. 57, D. XVII, 2. — Cpr. fr. 70, § ult. D. XLVI, 1.

[4] Fr. 4, pr. D. XVII, 2. — Il y a une différence entre *societas* et *communio incidens*. *V.* le fr. 31, D. ibid.

[5] Il ne faut entendre ceci que de l'acquisition *onéreuse*. fr. 7-13, D. XVII, 2.

[6] Pr. J. III, 25 (26). — Fr. 1, § 1, D. XVII, 2. — Dans la société de tous les biens, les acquisitions *lucratives* des membres pris individuellement deviennent également communes. fr. 3, § 1, D. ibid.

[7] Fr. 58, pr. D. ibid. — Glück, *Comm.* 15e part. p. 397 et suiv. — Un auteur prétend que dans *toute* société il faut admettre, dans le doute, une copropriété des choses apportées par les associés.

[8] Fr. 39, § 3, D. X, 2. — Arg. fr. 39, § 1, D. L, 16. Lorsque l'associé *omnium fortunarum* avait des dettes avant l'existence de la société, la société est également tenue de les payer. fr. 73, D. XVII, 2.

[9] Fr. 12, 27, D. XVII, 2, et C. F. Günther, *Diss. ad legg.* 12, 27, *D. pro socio*. Lips. 1823.

[10] Fr. 52, § 8; fr. 73, D. XVII, 2. — Celui qui n'apporte rien dans la société et partage néanmoins les profits, est regardé comme donataire vis-à-vis des autres associés. fr. 5, § 2, D. ibid.

[11] Fr. 5, § 1; fr. 71, pr. D. XVII, 2. — Const. 1, C. IV, 37.

[12] Fr. 57, D. XVII, 2. — fr. 70, § ult. D. XLVI, 1.

[13] Gajus, III, 149, 150. — § 1, 2, 3, J. III, 25 (26). — fr. 6; fr. 29, pr.; fr. 76-80, D. XVII, 2. — Glück, *Comm.* 15e part. p. 406 et suiv. — A. van Reenen, *Explicatio L. 29, D. pro socio*, L.-B. 1824. — La convention par laquelle l'un des associés aurait tous les gains, l'autre supporterait toutes les pertes (*societas leonina*) ne peut exister comme société, mais seulement comme donation. fr. 29, § 2, D. XVII, 2.

[14] Fr. 72, D. ibid. — § ult. J. III, 25 (26). — Lœhr, *Theorie der Culpa*, p. 169. — Hasse, *Von der Culpa*, p. 318. — Le dol d'un associé lui fait encourir l'infamie. fr. 1; fr. 6, § 6, D. III, 2. — Si une chose qui appartient en propriété à la société périt par cas fortuit, la perte doit être supportée par tous les associés; si elle n'est pas commune, par celui auquel elle appartient. fr. 52, § 3, 4; fr. 58, pr. § 1, D. XVII, 2.

gestion, et doit à la société les intérêts des deniers qu'il a employés à son avantage personnel ou qu'il a délivrés trop tard [1] ; d'un autre côté, il a le droit d'exiger de chaque membre le remboursement des sommes qu'il a dépensées, de ses propres biens, pour le compte de la société [2].

4. L'action dirigée en exécution de toutes ces obligations, que chaque associé peut intenter contre l'autre, et qui est toujours une action directe, se nomme *actio pro socio* [3]. Chaque associé a en outre contre l'autre le bénéfice de compétence, c'est-à-dire que, pour les sommes dont il est resté débiteur envers la société, il ne peut être contraint que jusqu'à concurrence de ses ressources (*in quantum facere potest*) [4].

§ 425. D. *Des rapports des associés envers les tiers* [5].

Les engagements des associés envers les tiers sont les suivants :

1. Lorsque tous les associés ont contracté eux-mêmes avec un tiers, chacun d'eux ne peut, en général, intenter que pour sa part et portion l'action résultant de ce chef, à moins que les autres associés ne lui aient donné leurs pouvoirs, ou que l'obligation ne soit solidaire [6]. De même, chaque associé ne peut en général, s'il ne s'est pas obligé solidairement, être actionné soit pendant la durée de la société, soit après sa dissolution, que pour sa part et portion [7].

2. Lorsque tous les associés n'ont pas contracté par eux-mêmes avec le tiers, il faut de nouveau distinguer :

a) Si le gérant de la société a contracté pour elle, il a seul le droit d'actionner [8]; les associés ne peuvent utilement intenter d'action pour leur part et portion que lorsqu'il leur a cédé ses droits (*ex jure cesso*) ou lorsqu'il ne les satisfait pas [9]; mais il n'en est point réciproquement de même; le tiers peut, en effet, attaquer solidairement les associés par l'action *exercitoria* ou *institutoria* [10].

b) Si le contrat a été conclu par l'un des associés qui n'a pas la qualité de gérant, les autres n'ont le droit d'attaquer le tiers pour leur part et portion, que s'ils ont donné ordre à l'associé contractant, ou s'ils ont ratifié le contrat, ou s'ils ont fait avec lui une société universelle ; dans tout autre cas, l'associé contractant est seul apte à actionner le tiers, et il ne reste aux autres associés que la ressource de prendre leur recours contre leur co-associé [11]. D'un autre côté, l'associé contractant s'oblige pour le tout envers le tiers [12], et les autres associés ne deviennent obligés pour leur part et portion que par la preuve d'une *versio in rem* [13].

§ 426. E. *De la dissolution de la société.*

La société est dissoute :

1. Par le consentement de tous les associés [14].

2. Par la renonciation d'un seul associé, pourvu qu'elle ne soit pas intempestive, c'est-à-dire qu'il ne se retire pas soit avant le temps convenu, soit dans une circonstance où l'intérêt commun des associés serait de ne pas se séparer, ou bien dans la mauvaise intention de s'approprier seul un avantage que la société aurait fait [15].

3. Par la mort d'un des associés [16]; dans ce cas, comme dans le cas précédent, la société est également dissoute entre les autres associés [17]. Mais si, après la mort d'un associé, les autres continuent, ou si les héritiers d'un associé défunt continuent l'opération, la société doit être regardée comme renouvelée [18]. Les héritiers du défunt acquièrent tous les droits de ce

[1] Fr. 60, pr.; fr. 67, § 1, D. ibid. — fr. 1, § 1, D. XXII, 1.

[2] Fr. 38, § 1, D. XVII, 2 comparé avec le fr. 67, § 2, ibid.

[3] § 9, J. III, 25 (26). — fr. 31, D. XVII, 2. — § 28, J. IV, 6.

[4] Fr. 63, pr. D. XVII, 2. — fr. 16, D. XLII, 1.

[5] Lauterbach, *De sociorum obligatione quæ oritur ex conventione cum extraneis inita*; dans ses *Disput. jurid.* vol. III, n. 20. — G. E. OEltze, *Pr. quatenus socii ob sociale debitum in solidum teneantur*. Helmstad. 1784. — Glück, 17e part. p. 460.

[6] Arg. fr. 11, § 1, D. XLV, 2. — Const. 9, C. IV, 2.

[7] Fr. 44, § 2, XXI, 1.

[8] Fr. 38, § 17; fr. 126, § 2, D. XLV, 1. — fr. 11, § 10, D. XIV, 1. — fr. 1, D. XIV, 3.

[9] Fr. 1 in fine; fr. 2, D. XIV, 3. — fr. 5, D. XLVI, 3. — fr. 13, § 2, D. XIX, 1.

[10] Fr. 13, § 2; fr. 14, D. XIV, 3. — fr. 1, § 25; fr. 2; fr. 4, § 1, D. XIV, 1.

[11] Fr. 67, § 1; fr. 74, D. XVII, 2.

[12] Fr. 28; fr. 63, § 3, D. XVII, 2. — Const. 13, C. IV, 2.

[13] Fr. 82, D. XVII, 2.

[14] Fr. 63, § 3, D. XVII, 2.

[15] § 4, J. III, 25 (26). — fr. 63, § 10; fr. 64; fr. 65, § 3, 6, D. XVII, 2. — On ne peut convenir *ne abeatur*. fr. 14, D. ibid. — Sur les conséquences de la renonciation indue ou frauduleuse, *v.* le § 4, J. cit. — fr. 17, § 1, D. ibid.

[16] Fr. 59, pr.; fr. 48, § 2, D. XVII, 2.

[17] § 5, J. III, 25 (26).

[18] Fr. 37, D. XVII, 2.

dernier, et doivent payer toutes les dettes que leur auteur avait contractées envers la société [1].

4. Par le laps de temps pour lequel elle était constituée [2] ou lorsque l'opération qui faisait l'objet de la société est terminée [3].

5. Par la perte de son objet [4].

6. Par la confiscation des biens de l'un des associés, ou lorsqu'il y a concours entre ses créanciers, à moins que son apport social ne consiste pas en argent, mais en ouvrage ou en industrie [5]. La dissolution de la société n'a aucune influence sur les droits des tiers [6].

§ 427. V. *Du mandat.*

A. *Notion.*

Le mandat (*mandatum*) [7] est un contrat consensuel par lequel quelqu'un se charge de faire gratuitement quelque chose pour autrui [8]. Le premier s'appelle *mandataire* (*mandatarius*), le second *mandant* (*mandans*). L'affaire que le mandataire s'oblige à exécuter et qui est l'objet du mandat, doit être licite [9]. Il n'est point permis de promettre un salaire au mandataire, car le mandat se changerait alors en un louage [10]; mais le mandant peut promettre de donner des honoraires en rémunération des services que le mandataire lui a rendus [11]. D'un côté, ces honoraires ne dénaturent point le mandat, et de l'autre, ils ne sont point essentiels au contrat comme le prix du louage d'ouvrage.

§ 428. B. *Des espèces du mandat.*

1. Sous le rapport de la *personne* à l'avantage de laquelle il tourne, le mandat est *ordinaire* (*mandatum simplex*), lorsque l'affaire est gérée dans l'intérêt du mandant; ou il est mandat *qualifié* (*mandatum qualificatum*), lorsqu'il a pour but l'intérêt d'un tiers. Celui qui charge ici l'autre de l'affaire s'appelle *mandator* [12]. Enfin, si le mandat a pour but l'intérêt même du mandataire, celui-ci se nomme *procurator in rem suam* ou *cessionarius*, lorsque le mandant lui cède une créance contre un tiers (§ 369); il se nomme, au contraire, *assignatarius*, lorsque le mandant le charge simplement de recevoir d'un tiers un paiement pour son propre compte [13].

2. Sous le rapport de l'*objet*, le mandat peut embrasser toutes les affaires du mandant, ou un genre d'affaires ou une affaire particulière. Dans les deux premiers cas, le mandat est *général* (*mandatum generale*). dans le troisième, il est *spécial* (*mandatum speciale*) [14].

3. Sous le rapport de la *forme*, le mandat est *exprès* ou *tacite*. Ce dernier a surtout lieu, lorsque, sachant qu'un autre gère nos affaires, nous ne nous y opposons pas [15]. La ratification que nous donnons à une affaire que quelqu'un a faite pour nous, sans en avoir été chargé et sans que nous en ayons eu connaissance, a pour lui les mêmes effets que le mandat exprès [16].

4. Les courtiers (*proxenetæ*), dont on se sert pour arranger et conclure des affaires commerciales, sont en réalité une espèce particulière de mandataires. Ils reçoivent en général un prix de courtage, appelé *proxeneticum*, et sont, lorsque les deux parties ont employé leur ministère, des témoins irrécusables dans l'affaire qu'ils ont conclue; si, au contraire, une seule partie les a employés, leur témoignage peut être invoqué contre elle, mais jamais pour elle [17].

---

[1] Fr. 63, § 9; fr. 35; fr. 40; fr. 63, § 8, D. ibid.

[2] Fr. 63, § 6, D. ibid.

[3] § 6, J. III, 25 (26).

[4] Fr. 63, § 10 in fine, D. ibid.

[5] § 7, 8, J. ibid. — fr. 63, § 1, D. ibid.

[6] Fr. 27, 28, D. ibid.

[7] Gajus, III, 155. — Inst. III, 26 (27). — Dig. XVII, 1. — Code, IV, 35. — Doneau, *Comm.* III, 10-14; XVI, 23. — A. Buchner, *Versuch einer Theorie des Vollmachtsvertrages nach röm. Rechte*, ou *Essai d'une théorie du mandat en dr. rom.* Landshut, 1809. — Glück, *Comm.* 17e part. § 930-960. — Van Dam, *Diss. de mandato.* L.-B. 1824. — M. J. D. Graafland, *Diss. de mandato*, Tr. ad Rhen. 1829.

[8] Sur la différence entre *mandatum*, *jussus*, *consilium*, v. le § 6, J. ibid. — fr. 6, § 5; fr. 12, § 12, D. ibid. — fr. 47, pr. D. L, 17. — fr. 2, D. II, 2.

[9] § 7, J. III, 26 (27). — fr. 6, § 3; fr. 22, § 6, D. XVII, 1.

[10] § 13, J. III, 26 (27). — fr. 1, § 4, D. XVII, 1.

[11] Fr. 6, pr.; fr. 7, D. ibid.

[12] Fr. 12, § 14, 15; fr. 32; fr. 28, D. XVII, 1. — fr. 13; fr. 41, § 1, D. XLVI, 1. On nomme également ainsi tout mandant. fr. 22, § 11, D. XVII, 1.

[13] *V.* en général : pr. § 1-6, J. III, 26 (27). — fr. 34, pr. D. XVII, 1. — C. P. Sicherer, *Comm. de assignationibus*. Giess. 1782. — C. F. Günther, *De assignationibus spec. I et II.* Lips. 1829.

[14] Fr. 1, § 1; fr. 58, 60, 63, D. III, 3.

[15] Fr. 60. D. XV, 17. — fr. 18; fr. 53, D. XVII, 1.

[16] Fr. 60, D. L, 17. — Cpr. la const. 3, C. III, 32. — Const. 3, C. VIII, 38. — fr. 9, D. III, 5. — C. T. Welcker, *Interpretatio L. 9, D. de negotiis gestis, juncta L. 60, D. de reg. juris.* Giess. 1813.

[17] Dig. L, 14. — H. G. Schorch, *Diss. de proxenetis.* Erford. 1766.

§ 429. C. *Des obligations des contractants entre eux.*

Le mandat donne naissance à deux espèces d'obligations : les unes existent entre les contractants eux-mêmes, les autres entre les contractants et les tiers avec lesquels le mandataire a contracté.

1. Les obligations du mandataire envers le mandant sont les suivantes :

a) Il est tenu de gérer l'affaire dont il s'est chargé, conformément à son mandat et en propre personne [1].

b) Il doit remettre au mandant tout ce que l'exécution de son mandat lui a fait acquérir, rendre à cette fin un compte, et payer les intérêts des sommes qu'il a perçues et employées à son propre profit ou qu'il est en demeure de restituer [2].

c) Enfin, il est responsable de la faute et tenu à la *diligentia* [3].

2. D'un autre côté, le mandant est obligé :

a) A donner au mandataire les honoraires qu'il lui a promis, de lui rembourser, avec les intérêts, toutes les impenses qu'il a faites pour l'exécution du mandat et lors même que, sans sa faute, il n'aurait pas atteint le résultat qu'on avait en vue [4].

b) A libérer le mandataire de toutes les obligations qu'il a contractées de ce chef [5].

c) A répondre envers lui de toute faute [6]. Néanmoins, il n'est point tenu du préjudice que le mandataire éprouve par cas fortuit [7] ; mais le dol lui fait encourir l'infamie [8].

3. L'action résultant du mandat, que les contractants ont l'un contre l'autre, se nomme *actio mandati*. Elle est *directe*, lorsque le mandant la dirige contre le mandataire ; elle est *contraire* (*contraria*), lorsque celui-ci l'intente contre le mandant, en exécution des obligations résultant du contrat [9].

§ 430. D. *Des obligations du mandant envers les tiers avec lesquels le mandataire a contracté.*

Le mandant et le mandataire ne sont regardés que comme une seule et même personne quant aux obligations contractées par ce dernier envers des tiers. Le mandant a donc, du chef de l'affaire contractée par le mandataire avec un tiers, une action utile contre ce dernier, auquel cette action compète également contre le mandant [10]. Le tiers peut également, tant que dure le mandat, attaquer le mandataire qui possède des biens appartenant au mandant ; mais il ne le peut plus après l'extinction du mandat, à moins que le mandataire n'ait contracté en nom propre, ou cautionné pour le mandant, ou excédé les bornes du mandat [11].

§ 431. E. *Comment le mandat finit.*

Le mandat finit :

1. Par le consentement des deux parties [12].
2. Par la mort de l'une ou l'autre [13].
3. Par la révocation de la part du mandant [14].
4. Par la renonciation de la part du mandataire [15] ; mais dans l'un comme dans l'autre cas, la renonciation ne doit pas être intempestive [16].

---

[1] § 11, J. III, 26 (27). — fr. 27, § 2; fr. 5, pr. § 1, D. XVII, 1. « Diligenter fines mandati custodiendi sunt. » — § 8, J. ibid. — fr. 3, § 2; fr. 4; fr. 5, pr. § 3, 4; fr. 36, § 3; fr. 41, 46, D. ibid. — Sur le droit de substitution du mandataire : fr. 8, § 3, D. ibid. — fr. 28, D. III, 5.

[2] Fr. 10, § 3, 8; fr. 12, § 10; fr. 20, pr. D. XVII, 1.

[3] Const. 11, 13, 21, C. IV, 35. — fr. 22, § 11, D. XVII, 1. — fr. 1, § 12, D. XVI, 3. — fr. 1; fr. 6, § 6, D. III, 2. — Lœhr, *Theorie der Culpa*, p. 169. — Hasse, *Von der Culpa*, p. 474.

[4] Fr. 10, § 9; fr. 12, § 7-9; fr. 27, § 4, D. XVII, 1. — Cpr. fr. 7, D. ibid. — Const. 17, C. IV, 35.

[5] Fr. 45, § 1-5, D. ibid.

[6] Fr. 61, § 5, D. XLVII, 2.

[7] Fr. 26, § 6, 7, D. XVII, 1.

[8] Fr. 6, § 5, D. III, 2.

[9] § 28, J. IV, 6. — W. C. B. Wintgens, *Diss. de actione mandati directa*. L.-B. 1807.

[10] Fr. 13, § 25, D. XIX, 1. — fr. 31, pr. D. III, 5. — fr. 19, D. XIV, 3. — fr. 10, § 5, D. XVII, 1. — Const. 5, C. IV, 25.

[11] Fr. 67, D. III, 3. — Arg. fr. 1, § ult. D. XV, § 4. — fr. 13, 19, D. XLVI, 8. — fr. 6, § 1, 2; fr. 57, § 1, D. XII, 6.

[12] § 4, J. III, 29 (30).

[13] § 10, J. III, 26 (27). — fr. 12, § 17; fr. 26, pr.; fr. 27, § 3; fr. 57, 58, D. XVII, 1. — Const. 5, C. IV, 35.

[14] § 9, J. ibid. — fr. 15, D. XVII, 1.

[15] § 11, J. ibid. — fr. 22, § 11; fr. 23-25, D. ibid.

[16] Const. 13, § 9; Const. 14, § 1, C. III, 1.

II. *Obligationes quæ re contrahuntur.*

§ 432. *Notion et espèces.*

Dans beaucoup de conventions, le consentement réciproque ne suffit pas pour donner naissance à une obligation et à une action; il est en outre requis que l'une des parties donne à l'autre quelque chose que celle-ci doit lui rendre, ou pour laquelle elle doit prester une autre chose. C'est ce que les Romains appelaient *obligatio re contrahitur;* les modernes ont donné à ces conventions le nom de *contrats réels* [1]. Quelques-uns de ces contrats ont, chez les Romains, un nom particulier (*proprium nomen*) et produisent une action qui porte le même nom. On les appelle aujourd'hui *contrats nommés* (*contractus nominati*), et ils ont toujours pour but de faire restituer la chose donnée. D'autres n'ont pas, chez les Romains, de nom particulier et ne produisent qu'une action générale *præscriptis verbis*. On les nomme aujourd'hui *contrats innommés* (*contractus innominati*) et ils tendent à une prestation réciproque [2]. Souvent les contrats réels sont précédés d'une convention qui les prépare (*pactum antecedens*), qui repose sur le simple consentement et qui, chez les Romains, ne donnait lieu, comme simple pacte, à aucune action [3].

A. *Des contrats nommés.*

§ 433. I. *Du prêt de consommation.*

A. *Notion.*

Le prêt de consommation (*mutuum s. res creditæ*) [4] est un contrat réel par lequel on donne à autrui une somme d'argent ou une quantité d'autres choses fongibles, dans le but de lui en transférer la propriété, et à condition qu'il en restituera autant de mêmes espèce et qualité (*rem in genere, s. in eadem quantitate et qualitate*) [5].

§ 434. B. *Des effets du prêt de consommation.*

Ce contrat n'est parfait que par la livraison de la chose, qui peut néanmoins être faite *brevi manu* [6]. Les effets du prêt de consommation parfait sont:

1. L'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée [7]. Ainsi, celui qui est propriétaire de l'argent ou de la chose qui forme l'objet du contrat, et qui a la libre disposition de ses biens, peut seul donner en prêt [8]. Si celui qui a donné en prêt n'est pas propriétaire de la chose, le prêteur ne peut le devenir non plus par ce seul motif. Mais il devient propriétaire si un autre motif se joint au prêt: lorsqu'il consomme de bonne foi les choses reçues ou qu'il les mêle avec les siennes. Dans ce cas, celui qui était auparavant propriétaire de l'argent n'a pas l'action *mutui*, mais une condiction en restitution de pareille somme; cette condiction s'appelle *condictio Juventiana* [9].

2. L'emprunteur est tenu de restituer au temps indiqué la chose empruntée; mais étant obligé de rendre la chose en mêmes quantité et qualité, les risques de la chose reçue sont à sa charge [10].

3. L'action qui compète au prêteur en restitution du prêt s'appelle *actio mutui* ou *condic-*

---

[1] Inst. III, 14 (15).

[2] Fr. 1-3, D. XIX, 5.

[3] Fr. 7, § 4, D. II, 14. — fr. 34, pr. D. XVII, 1.

[4] Gajus, III, 90. — Pr. J. III, 14 (15). — Dig. XII, 1. — Code, IV, 1; IV, 2. — Doneau, *Comm.* XIV, 1. — H. ab Idsinga, *Diss. de mutuo et veteris literarum obligatione.* Franeq. 1739, et dans Oelrichs, *Thes. nov. diss. Belg.* vol. I, t. I, p. 107. — Glück, *Comm.* 11e et 12e part. § 776-778. — C. Th. Hoyer, *Diss. de mutuo sec. jur. rom. et hodierni principia.* L.-B. 1824.

[5] Pr. J. III, 14 (15). — fr. 2, 3, D. XII, 1. — fr. 1, § 2, D. XLIV, 7.

[6] Fr. 15, D. XII, 1.

[7] Pr. J. III, 14 (15): « — in hoc damus, ut accipientium fiant. » — Cpr. fr. 2, § 2; fr. 13; fr. 41, D. XII, 1. — Gajus, III, 90. — *V.* pour l'opinion contraire: C. Salmatius, *Tract. de usuris*, Lugd.-Bat. 1638, c. 8 et *Liber de modo usurarum.* Ibid, 1639. Mais il est réfuté par Fabrotius, *Replicatio adversus Claudii Salmatii refutationem in qua mutuum alienationem esse ostenditur* (dans Otto, *Thes.* t. III, p. 1237), et Gœsius, *Vindiciæ pro recepta de mutui alienatione sententia.* Ed. nov. cur. Eisenhardt. Hal. et Helmst. 1768.

[8] § 2, J. II, 8. — fr. 12; fr. 19, § 1, D. XII, 1.

[9] Fr. 11, § 2; fr. 19, § 1; fr. 32, D. XII, 1. — fr. 78, D. XLVI, 3. — J. L. Conradi, *Juventiana condictio quæ est in L. 32, D. de reb. cred.* Marb. 1773.

[10] § 2, J. III, 14 (15). — fr. 1, § 4. D. XLIV, 7. — fr. 42, D. XXIII, 3.

tio certi ex mutuo [1]; il s'entend que l'emprunteur doit être une personne capable de s'obliger [2].

4. Le débiteur en demeure de restituer le prêt doit en général en payer les intérêts [3]. Hormis ce cas, les intérêts ne sont pas de l'essence de ce contrat; ils ne sont donc jamais sous-entendus et doivent toujours être convenus d'avance; le prêt, dans ce cas, se nomme *fœnus* ou *pecunia fœnebris* [4].

§ 435. C. *Du sénatusconsulte Macédonien.*

Une disposition particulière du sénatusconsulte Macédonien [5] défend à quiconque de prêter de l'argent à un fils de famille sans le consentement de son parent sous la puissance paternelle duquel il se trouve. Celui qui, au mépris de cette disposition, prête à un fils de famille, peut être repoussé, lorsqu'il intente son action en restitution, au moyen de l'*exceptio Scti Macedoniani*, aussi bien par le fils de famille devenu *sui juris* par la mort du père ou par l'émancipation, que par le père lui-même [6]. Mais ce sénatusconsulte se borne à refuser au créancier une action, tout en laissant subsister l'obligation naturelle. Ainsi le fils, ou le père, ou la caution qui paie la dette, n'a rien à répéter par la *condictio indebiti*; de même, le créancier est toujours admis à opposer la compensation [7].

Néanmoins il est des cas où, ni le fils ni le père ne peut invoquer l'exception du sénatusconsulte Macédonien. Ce sont les suivants :

1. Lorsque le père a consenti au prêt ou s'il l'a ratifié par la suite [8]. Le père consent tacitement, lorsque, sachant que son fils emprunte de l'argent, il ne s'y oppose pas [9].

2. Lorsque le père commet son fils *magister navis* ou *institor*, ou lorsqu'il lui a donné un pécule pour faire le commerce, et que le fils contracte un emprunt en cette qualité ou relativement au commerce que son père lui a donné [10].

3. Lorsque l'emprunt a été employé à l'avantage du père et pour autant qu'il en a profité; tel est aussi le cas où l'emprunt a servi à couvrir des dépenses auxquelles le père était obligé [11], et celui où le fils a employé l'argent emprunté pour racheter son père de la captivité de guerre [12].

4. Lorsque l'emprunt a été employé au paiement d'une autre dette valablement contractée [13].

5. Lorsque le fils était soldat au moment où il a contracté l'emprunt [14].

6. Lorsque le prêteur avait de bonnes raisons pour croire le fils *sui juris* [15].

7. Enfin, lorsque le prêt est nul en soi, ou que le prêteur demande la restitution en entier pour cause de minorité [16].

Il est d'autres cas, où le fils de famille seul ne peut invoquer le bénéfice du sénatusconsulte Macédonien; ce sont les suivants :

1. Lorsqu'en contractant, il s'est faussement déclaré *sui juris*, et que le prêteur avait des motifs suffisants pour croire à la vérité de cette assertion [17].

2. Lorsqu'il possède des biens soumis à sa libre disposition, il est tenu jusqu'à concurrence de ces biens; par exemple : s'il a un *peculium castrense* ou *quasi-castrense*, ou un *peculium adventitium extraordinarium* [18].

[1] Pr. J. III, 14 (15). — fr. 9, pr. D. XII, 1. — Const. 3, C. VII, 35. — fr. 2, D. XXVI, 9. — Const. 2, C. V, 39.
[2] Pr. § 1, J. I, 21. — fr. 13, § 1, D. XII, 6.
[3] Fr. 40, D. XII, 1 et C. Van Eck, *Diss. de septemdamnatis legibus Pandectarum s. crucibus Jctorum*; au suppl. *Thes.* de Meerman, p. 575. — C. van Bynkershoek, *Ad L. 40, D. de reb. cred.* Lugd.-Bat. 1699. — Glück, *Comm.* 14e part. p. 268.
[4] Fr. 24, D. XIX, 5. — Const. 3, C. IV, 32.
[5] Ce sénatusconsulte fut d'abord rendu sous Claude, et renouvelé ensuite sous Vespasien. — Tacite, *Annales*, XI, 13. — Suétone, *In Vesp.* c. 11. — Zimmern, *Rechtsg.*, t. I, § 193. — *V.* § 7, J. IV, 7 et Théophile sur ce passage. — Dig. XIV, 6. — Code, IV, 28. — Doneau, *Comm.* XII, 24-28. — B. H. Reinold, *Diss. ad Sctum Macedonianum.* Frefti a. V. 1717. — A. W. Cramer, *De vita et legislatione Vespasiani Imp.* p. 182. — C. G. Hübner, *Diss. ad Sctum Macedonianum.* Lips. 1798. — J. D. Lœbenstern, *Diss. de Scto Macedoniano.* Marb. 1828. — Glück, *Comm.* 14e part. § 898-904.
[6] Fr. 1, pr. D. XIV, 6. — § 4, J. IV, 7. Il ne s'applique qu'à de l'*argent prêté* (*mutua pecunia*); mais il ne faut pas, lorsqu'il s'agit d'autres choses, que la loi ait été éludée (*in fraudem legis*). fr. 3, § 3, D. ibid.
[7] Fr. 7, § 15, 16; fr. 9, § 4, 5; fr. 10, D. XIV, 6. — fr. 40, pr. D. XII, 6. — fr. 6, D. XVI, 2.
[8] Const. 2, 4, 5, 7, C. IV, 28. — fr. 7, § 15, D. XIV, 6.
[9] Fr. 12, 16, D. ibid.
[10] Fr. 7, § 11, D. ibid. — Cpr. plus loin, au ch. III, titre 3, des actions exercitoire et institutoire.
[11] Par exemple : fr. 7, § 12, 13, D. ibid. — Const. 2, 5, C. ibid.
[12] Nov. 115, chap. 3, § 13.
[13] Fr. 7, § 14, D. ibid.
[14] Const. 7, § 1, C. ibid.
[15] Fr. 3, pr. § 1; fr. 19, D. ibid. — Const. 2, C. ibid.
[16] Par exemple : fr. 3, § 2, D. ibid.
[17] Const. 1, C. ibid.
[18] Fr. 1, § 3; fr. 2, D. ibid.

3. Lorsque, devenu *sui juris*, il a expressément ou tacitement reconnu et ratifié l'emprunt qu'il avait contracté [1]. Il ratifie tacitement la dette entière, lorsque, étant devenu *sui juris*, il commence à payer la dette ou lorsqu'il fournit caution; il la reconnaît en donnant un gage pour sûreté de la créance; mais alors il est seulement tenu jusqu'à concurrence du gage [2].

§ 436. D. Pecunia trajectitia.

La règle d'après laquelle le prêt est aux risques de l'emprunteur à dater du moment où il l'a reçu, souffre exception dans le cas de la *pecunia trajectitia*. On entend par là, un prêt en argent destiné à passer la mer en espèces ou en marchandises que le débiteur a achetées; le créancier, dans ces cas, supporte le risque de la perte depuis le jour du départ du vaisseau jusqu'au moment où il est arrivé au lieu de sa destination [3]. Les intérêts ne sont non plus de l'essence de ce contrat, mais lorsqu'ils ont été convenus, ils s'appellent *fœnus nauticum*; aussi le créancier, à cause du danger qu'il court et du temps de la durée, peut-il exiger des intérêts plus élevés que les intérêts ordinaires : il peut se faire promettre jusqu'à 12 °/ₒ [4].

§ 437. II. *Du commodat.*

A. *Notion.*

Le *commodat* (*commodatum*) [5] est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une chose non fongible [6] pour s'en servir, sans rétribution [7], à charge de rendre identiquement la même chose (*in specie*) après qu'elle s'en sera servie [8]. Celui qui prête à usage se nomme *commodans*, commodant; celui qui reçoit le commodat, *commodatarius*, commodataire [9].

§ 438. B. *De ses effets.*

1. *Des obligations du commodataire.*

Ce contrat oblige le commodataire :

1. A apporter le plus grand soin à la chose prêtée; il est responsable de toute faute et de la *diligentia*; le cas fortuit seul n'est pas à sa charge [10].

2. Il ne peut employer la chose qu'à l'usage qu'on est convenu de lui donner; dans le cas contraire, il commet un *furtum usus* et est responsable du dommage occasionné par le cas fortuit [11].

3. Il est tenu de restituer au commodant et sans qu'il puisse la refuser, la chose *in specie*, après en avoir fait usage.

4. S'il y a plusieurs commodataires, la loi établit une solidarité à leur égard, tant à cause de la chose elle-même, qu'à cause de la réparation du dommage [12].

5. L'action qui compète au commodant contre le commodataire, en exécution de ses obligations, est l'action directe de commodat (*actio commodati directa*).

§ 439. 2. *Des obligations du commodant.*

De son côté, le commodant a aussi des obligations à remplir :

1. En général, il n'est responsable que de la faute lourde [13].

2. Il doit laisser la chose au commodataire, jusqu'à ce que celui-ci en ait fait l'usage convenu [14].

---

[1] Const. 2, C. ibid.

[2] Fr. 7, § 16; fr. 9, pr. D. ibid. — P. F. Joppert, *Diss. de mutuo a filiofam. sui juris facto tacite agnito*. Giess. 1775.

[3] Dig. XXII, 2. — Code, IV, 33. — Nov. 106, 110. — M. H. Rudtwalker, *De fœnore nautico Romanorum*. Hamb. 1810. — Th. de Cock, *Diss. de fœnore nautico*. Leodii, 1829. — Glück, *Comm.* 21e part. § 1139-1143.

[4] Fr. 4, § 1, D. ibid. — Const. 26, § 1, C. IV, 32.

[5] Paul, II, 4. — § 2, J. III, 14 (15). — Dig. XIII, 6. — Code, IV, 23. — Doneau, *Comm.* XIV, 2, 3. — Glück, *Comm.* 13e part. § 853 et suiv. — G. van Reigersberg, *Diss. de commodato*. L.-B. 1825. — Schmidt. *Das Commodatum und Precarium*. Leipz. 1841.

[6] Fr. 3, § 6; fr. 4, D. XIII, 6. « Non potest commodari id, *quod usu consumitur*, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. » Ordinairement l'objet du commodat est une chose meuble; il peut aussi être immeuble. fr. 1, § 1, D. ibid.

[7] Car, lorsqu'on promet un prix, il prend la nature du louage, § 2, J. III, 14 (15) in fine.

[8] L'emprunteur ne devient donc pas, comme dans le *mutuum*, propriétaire de la chose, § 2, J. cit. — fr. 9, D. XIII, 6. « Nemo commodando rem facit ejus, cui commodat. » C'est pour cette raison que les risques de la chose ne sont pas à sa charge.

[9] Chez les Romains, il s'appelait : *qui commodatum accepit*, ou bien : *is cui commodata res est*. fr. 3, § 2; fr. 5, § 2, D. ibid. — fr. 14, § 10, D. XLVII, 2.

[10] § 2, J. III, 14 (15). — fr. 5, § 2-9, D. XIII, 6. Cependant, il y a des exceptions, lorsqu'il en a été autrement convenu, ou que le commodant a prêté la chose pour son avantage exclusif (*sua causa*). fr. 5, § 10; fr. 10-12; fr. 18, pr. ibid. — Le commodataire n'est pas non plus obligé à indemniser de la détérioration que la chose éprouve par un usage régulier. fr. 23, ibid.

[11] § 6, 7, J. IV, 1. — § 2, J. III, 14 (15). — fr. 18, pr. D. XIII, 6.

[12] Fr. 5, § 15; fr. 6, D. XIII, 6.

[13] Fr. 18, pr. § 3; fr. 22, D. XII, 6.

[14] Fr. 17, § 3, D. ibid.

3. Enfin, il doit rembourser au commodataire les impenses que celui-ci a faites pour la conservation de la chose, mais seulement en tant qu'elles ne sont ni ordinaires ni importantes [1]. Il peut être contraint, par le commodataire, à exécuter ces obligations, au moyen de l'action contraire de commodat (*actio commodati contraria*) [2].

§ 440. III. *Du dépôt.*

A. *Notion.*

Le *dépôt* (*depositum*) [3] est un contrat par lequel on livre à quelqu'un une chose pour la garder gratuitement [4]. Celui qui reçoit le dépôt s'appelle *depositarius*, dépositaire [5]; celui qui dépose, au contraire, *deponens*, *depositor*, déposant. Lorsque quelqu'un est obligé par nécessité de donner à autrui sa chose à garder, le dépôt prend le nom de *dépôt nécessaire* (*depositum miserabile*) [6].

§ 441. B. *De ses effets.*

1. *Des obligations du dépositaire.*

Ce contrat oblige le dépositaire :

1. De conserver la chose. Il ne peut, en général, ni s'en servir ni l'user [7], excepté lorsque cette faculté lui a été accordée soit expressément, soit tacitement. Lorsque la chose déposée n'est point fongible, le dépôt prend la nature du contrat de louage ou du commodat, selon que l'on paie ou non pour l'usage qu'on en fait [8]. Lorsque le dépôt consiste, au contraire, en une somme d'argent, il faut distinguer trois cas :

a) Le premier, où le dépositaire a demandé soit immédiatement soit par la suite à faire usage du dépôt, ce qui lui a été accordé; dans ce cas, le dépôt prend la nature du *mutuum* du moment où l'usage en a été accordé [9].

b) Le second cas, où le dépositaire n'a pas demandé l'usage du dépôt, mais où le déposant l'a autorisé, de son propre mouvement, à employer l'argent ; le dépôt se change alors en *mutuum*, du moment où le dépositaire a profité de cette autorisation [10].

c) Enfin, le troisième cas, celui où le dépositaire a simplement reçu l'argent *ut tantundem redderet*. Il est vrai que le dépositaire acquiert par là tacitement la faculté de se servir de l'argent, mais le dépôt ne se change pas en *mutuum*, et conserve sa propre nature ; c'est ce qui l'a fait appeler, dans ce cas, *depositum irregulare* [11].

2. Lorsque le dépôt ne revêt pas la nature d'un autre contrat, le dépositaire n'est tenu que du dol et de la faute lourde ; néanmoins le dol emporte avec lui l'infamie [12].

3. Le dépositaire est obligé de restituer la chose au déposant, aussitôt que celui-ci la réclame, ou à celui que le déposant indique [13]. Aussi, aucune convention ne peut-elle restreindre la faculté que le déposant a de redemander la chose en tout temps [14].

4. L'exécution de toutes ces obligations est garantie par l'action directe de dépôt (*actio depositi directa*) que le déposant intente contre le dépositaire [15].

§ 442. 2. *Des obligations du déposant.*

De son côté, le déposant est obligé de tenir le dépositaire indemne, et sous ce rapport il répond :

1. De la *diligentia*, parce que tous les avantages du contrat sont pour lui [16].

2. Il doit ensuite rembourser au dépositaire les impenses que celui-ci a faites pour la conservation de la chose, ou que la restitution de la chose a nécessitées [17].

3. Enfin, le dépositaire peut l'attraire en justice pour le forcer à exécuter ces obliga-

[1] Fr. 18, § 1, 2; fr. 21, 22, D. ibid.
[2] Fr. 17, § 1; fr. 21, pr.; fr. 22, D. ibid.
[3] § 3, J. III, 14 (15). — Dig. XVI, 3. — Code, IV, 34. — Paul, II, 12. — Coll. Leg. Mosaic. tit. X. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XIV, c. 2. — Glück, *Comm.* 15e part. § 938 et suiv. — X. F. de Harveng, *Diss. de deposito.* Lovan. 1826.
[4] Fr. 1, pr. D. XVI, 3. « Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. » On le nomme aussi *commendatum*. fr. 186, D. L, 16. — Car, s'il a été payé un prix, il devient un louage. fr. 1, § 8, D. XVI, 3.
[5] Fr. 1, § 36, D. ibid. Quelquefois le déposant est également appelé ainsi. fr. 7, § 3, D. ibid.
[6] § 17, J. IV, 6. — fr. 1, § 1, 3, D. ibid.
[7] § 6, J. IV, 1. — Const. 3, C. IV, 34.
[8] Fr. 1, § 9, D. XVI, 3. — fr. 76, pr. D. XLVII, 2.
[9] Fr. 9, § 9, D. XII, 1. — fr. 34, pr. D. XVII, 1.
[10] Fr. 1, § 34, D. XVI, 3. — fr. 10, D. XII, 1.
[11] Fr. 25, § 1, D. XVI, 3. — fr. 31, D. XIX, 2. — J. C. Jesnizer, *Quæstio juris controversi an detur depositum irregulare.* Lips. 1775.
[12] § 3, J. III, 14 (15). — fr. 1, § 8, 10, 47; fr. 31, D. XVI, 3. — fr. 1, D. III, 2.
[13] Fr. 26, pr. D. XVI, 3. — Const. 8, C. III, 42.
[14] Fr. 1, § 45, 46, D. XVI, 3. — Const. 11, pr. C. IV, 34.
[15] § 3, J. III, 14 (15).
[16] Fr. 5, § 2 in fine, D. XIII, 6.
[17] Fr. 12, pr.; fr. 23, D. XVI, 3.

tions, au moyen de l'action contraire de dépôt (*actio depositi contraria*) [1].

§ 443. C. *Du séquestre.*

Le séquestre est une espèce particulière du dépôt ; il consiste dans le dépôt et quelquefois dans l'administration d'une chose, soit parce qu'elle est litigieuse, soit pour toute autre cause, pour que la restitution en soit faite à celui auquel le juge l'accorde, ou à celui à qui elle appartient, lorsque le motif du séquestre vient à cesser [2]. En général, le séquestre ne peut être établi que du consentement du possesseur de la chose (*sequestrum voluntarium*) [3]; mais dans des cas exceptionnels et pour des motifs particuliers, le juge peut également l'ordonner contre la volonté du possesseur (*sequestrum necessarium*) [4]. Très-souvent le séquestre revêt la nature d'un autre contrat, ce qui a surtout lieu lorsqu'on donne à celui qui reçoit la chose en séquestre, également l'administration ou l'usage de la chose. L'action qui résulte du séquestre se base également sur cette distinction. En effet, le séquestre consiste-t-il en un véritable dépôt, il donne lieu à l'action de dépôt avec la dénomination *sequestraria*; se présente-t-il, au contraire, sous la forme du louage ou du mandat, il donne naissance à l'action *locati vel conducti* ou *mandati sequestraria* [5].

§ 444. IV. *Du contrat de gage.*

A. *Des obligations du créancier gagiste.*

Le *contrat de gage* (*pignus, contractus pigneratitius*) s'opère en donnant une chose au créancier pour sûreté de sa créance [6]. Le créancier s'oblige, en recevant le gage :

1. A le restituer dès que son droit de gage vient à cesser.

2. A prester la *diligentia* et la *custodia* [7]; il ne peut se servir du gage qu'autant que cette faculté lui est accordée ; autrement il est tenu du dommage résultant du cas fortuit [8].

3. L'exécution de ces obligations peut être poursuivie par le débiteur, au moyen de l'action *pigneratitia directa* [9]; mais son droit d'action ne prend naissance qu'après avoir éteint la dette pour sûreté de laquelle le gage avait été donné. Aussi la prescription de cette action ne commence-t-elle à courir que du moment où le créancier est satisfait [10].

§ 445. B. *Des obligations du débiteur.*

Le débiteur, de son côté, est dans l'obligation de tenir le créancier indemne de toute perte :

1. Ainsi, il doit lui restituer les impenses qu'il a faites pour la conservation de la chose, et pour les améliorations essentielles, si elles ne sont pas superflues [11].

2. Il est tenu du dol et de la faute [12], par conséquent aussi dans le cas où il donne en gage au créancier la chose d'autrui qu'il ne lui était pas permis de retenir ; ce fait frauduleux l'oblige à réparer tout le préjudice qu'il a causé [13].

3. Enfin, l'action qui compète au créancier, et qui tend à demander l'exécution de ces obligations, s'appelle *actio pigneratitia contraria* [14].

---

[1] Fr. 5, pr. D. XVI, 3.

[2] Fr. 110, D. L, 16. — fr. 5, § 1 ; fr. 6 ; fr. 17, pr. D. XVI, 3. — fr. 9, § 3, D. IV, 3. — Code IV, 4. La chose peut être meuble aussi bien qu'immeuble. Ordinairement, le séquestre se présente dans les choses litigieuses, mais il peut également avoir lieu pour des choses qui ne sont pas en litige ; par exemple, dans le cas d'une dot que le mari commence à dissiper. fr. 22, § 8, D. XXIV, 3. — Les personnes peuvent également être soumises à une surveillance particulière, par exemple : fr. 1, § 10, D. XXIV, 4. — fr. 3, § 4-6, D. XLIII, 30.

[3] A cause de la const. un. C. IV, 4.

[4] Par exemple : fr. 21, § 3, D. XLIX, 1. — fr. 7, § 2, D. II, 8. — Const. 3 in fine, C. VII, 18. — fr. 22, § 8, D. XXIV, 3.

[5] Fr. 12, § 2, D. XVI, 3. — fr. 9, § 3, D. IV, 3.

[6] § 4, J. III, 14 (15). — Dig. XIII, 7. — Code, IV, 24. — Doneau, *Comm.* XV, 49. — Glück, *Commentaires*, 14e partie, § 861-875.

[7] Fr. 13, § 1, D. XIII, 7. — § 4, J. III, 14 (15). — Const. 19, C. VIII, 14. — Const. 5, 6, 8, C. IV, 24.

[8] § 6, J. IV, 1. — fr. 11, § 1, D. XX, 1. — fr. 8, D. XX, 2.

[9] *V.* note 6 de ce §. — C. N. Schlichtkrull, *An actio pigneratitia directa contra tertium possessorem institui queat.* Gryph. 1777. — Abr. Brack, *Diss. de actione pigneratitia contra tertium pignoris possessorem competente et non competente.* Giess. 1786. — G. P. G. Fresenius, *Diss. de pigneratitia actione adversus tertium rei oppigneratæ possessorem non competente.* Heidelb. 1818.

[10] Fr. 9, § 3, 5, D. XIII, 7. — Const. 10, 12, C. IV, 24. — C. F. Voigt, *Comm. de præscriptione actionis pigneratitiæ.* Lips. 1794. — Mousson, *Diss. de præscriptione actionis pigneratitiæ directæ.* Tubing. 1796.

[11] Fr. 8, pr. D. XIII, 7. — fr. 25 ibid. — Const. 7, C. IV, 24.

[12] Arg. § 4, J. III, 14 (23) : « — quia pignus utriusque gratia datur et debitoris et creditoris. » — fr. 1, § 2 ; fr. 31 ; fr. 36, D. XIII, 7. Excepté lorsqu'il engage la chose pour un tiers ; dans ce cas, il n'est tenu que du dol et de la faute lourde. Arg. § 4, J. cit. — fr. 5, § 2, D. XIII, 6.

[13] Fr. 9, pr. ; fr. 16, § 1 ; fr. 32 ; fr. 36, § 1, D. XIII, 7.

[14] Fr. 8, pr. D. XIII, 7.

B. *Des contrats innommés.*

§ 446. I. *Notion des contrats innommés.*

Outre les contrats dont nous nous sommes occupés jusqu'ici, dans lesquels l'obligation se contracte par la chose (*re*), il en est une foule d'autres qui se contractent également par la chose, mais qui, en droit romain, ne portent pas de nom particulier; ils ne donnent pas naissance à une action particulière, mais seulement à une action *præscriptis verbis*. On les appelle aujourd'hui *contrats innommés* [1].

Ils tendent seulement à obtenir une prestation déterminée en retour de ce qu'on a donné ou presté et l'on peut les réduire à la formule générale : *præsto ut præstes*, ou avec Paul, aux quatre suivantes : *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias* [2]. Chacune de ces formules peut recevoir des modifications très-diverses et avoir également pour cause l'omission d'un fait [3]. Dans tous ces contrats, l'obligation et l'action ne prennent naissance que lorsqu'une des deux parties a *fait* ou *donné* [4].

§ 447. II. *De la nature des contrats innommés.*

Une particularité du droit romain qui mérite de fixer l'attention, c'est que les contrats innommés, formés par la dation d'une chose, admettaient de droit un *jus pœnitendi*, c'est-à-dire que celui qui avait donné quelque chose à un autre qui s'était obligé de donner ou de prester une chose à son tour, avait le choix, aussi longtemps que celui-ci n'avait pas rempli son engagement. de diriger contre lui, en exécution de l'obligation, une action *præscriptis verbis* ou de se départir du contrat. Ce second choix lui donnait le droit de répéter ce qu'il avait donné, par la *condictio causa data causa non secuta*, ou, comme on l'appelle aussi, *condictio ob causam datorum*, nom qui lui vient de ce qu'elle est exercée par celui qui a donné une chose dans une intention que l'autre partie ne remplit pas [5].

§ 448. III. *Des espèces de contrats innommés.*

A. *De l'échange.*

Parmi les contrats innommés, il faut encore particulièrement remarquer les suivants :

Le *contrat d'échange* dans lequel on donne une chose en retour d'une autre [6]. Il a la plus grande analogie avec le contrat de vente et les mêmes principes que ceux en matière de vente lui sont applicables [7]; néanmoins dans l'échange, la tradition confère la propriété, quoique celui qui reçoit la chose n'ait pas de son côté donné ce qu'il avait promis [8]. Il y a encore cette différence que, dans l'échange, chacun doit répondre être propriétaire de la chose qu'il donne, et qu'il rend l'autre réellement propriétaire; tandis que dans la vente, le vendeur, s'il ne vend pas sciemment la chose d'autrui, n'est tenu que du moment où l'acheteur est évincé de la chose achetée [9].

§ 449. B. *Du contrat d'estimation.*

Le *contrat d'estimation* (*contractus æstimatorius*) consiste à donner à quelqu'un une chose pour la vendre, sous la condition qu'il en rapporte le prix fixé ou la chose elle-même [10]. Le revendeur ne devient pas propriétaire de la

---

[1] Dig. XIX, 5. — Code IV, 64. — Glück, *Comm.* 18e part. § 1075. — Ed. Gans, *Ueber roem. Obligationenrecht, insbesondere, über die Lehre von den Innominatcontracten und dem jus pœnitendi*, ou *Des oblig. en droit romain, surtout des contrats innommés et du* jus pœnitendi. Heidelb. 1819.

[2] Fr. 5, pr. D. XIX, 5

[3] Fr. 13; fr. 17, D. XIX, 5.

[4] Fr. 7, § 2, D. II, 15. C'est ce qui explique la raison pour laquelle un simple pacte (*pactum nudum*), aussitôt qu'il était exécuté de l'une des parties, était regardé comme contrat innommé, et produisait une action. Const. 1, C. V, 14.

[5] Dig. XII, 4. — fr. 3, § 2; fr. 5, pr. § 3, 4, D. ibid. — fr. 5, § 1, 2; fr. 7, D. XIX, 5. — fr. 1, § 4, D. XIX, 4. — Const. 1, C. V, 14. — Donean, *Comm.* XIV, 20-22. — C. G. Wæchter, *Doctrina de condictione causa data causa non secuta in contr. innom.* Tubing. 1822. — G. J. Bruce, *Ad. tit. Pand. de condictione causa data causa non secuta.* Lugd-Bat. 1827.

[6] Dig. XIX, 4. — Code IV, 64. — fr. 5, § 1, D. XIX, 5. — G. G. van Jagen, *Selecta de pactis et contractibus, imprimis autem de permutatione.* Grœning. 1808. — Glück, *Comm.* 18e part. § 1068-74.

[7] Const. 1, 2, C. IV, 64.

[8] Const. 4, C. ibid.

[9] Fr. 1, pr. § 1, 3, D. XIX, 4. — fr. 5, § 2, D. XIX, 5. — Const. 1, C. IV, 64. — Const. 29, C. VIII, 45.

[10] Dig. XIX, 5. — Glück, *Comm.* 18e part. § 1065-1067.

chose, mais il en supporte les risques, soit qu'il ait promis de livrer le prix déterminé, soit qu'il ait prié l'autre de lui donner la chose pour la revendre [1]. D'ailleurs il n'est responsable que du dol et de la faute [2]. L'action *præscriptis verbis*, qui tend à l'exécution de ce contrat, est accompagnée de la dénomination *æstimatoria* ou *de æstimato* [3].

§ 450. C. Contractus suffragii.

Le *contractus suffragii* s'opère en donnant quelque chose à un courtisan, pour qu'il intercède auprès du prince. Ce contrat est permis, excepté lorsque les fonctions de celui qui reçoit l'obligent déjà à faire des démarches pour l'autre, et lorsqu'il s'agit de la nomination à un emploi public [4].

III. *Verborum obligatio.*

§ 451. *De la stipulation.*

L'obligation verbale (*verborum obligatio*) qui se formait par l'observation d'une solennité verbale (*solemnibus verbis, obligatio* verbis *contrahitur*) était de trois espèces dans l'ancien droit romain : la *dictio dotis*, la *promissio operarum jurata a liberto facta* [5] et la *stipulation* générale [6]; mais les deux premières espèces d'obligations verbales n'étaient plus en usage du temps de Justinien ; il n'est plus question, dans ses livres de droit, que de la stipulation.

La stipulation est une convention qui se forme par une interrogation verbale dirigée sur la prestation d'une chose ou d'un fait déterminé, et par une réponse verbale et affirmative faite immédiatement après la demande et correspondante à cette dernière [7]. De pareilles stipulations étaient d'autant plus fréquentes et plus importantes chez les Romains, que toute simple promesse ne donnait naissance à une action que quand elle était revêtue des formes de la stipulation (§ 399).

La stipulation donnait naissance à l'action *ex stipulatu*, et lorsque l'objet qui devait être donné était déterminé quant à la somme ou quant à son espèce, à la *condictio certi* [8].

IV. *Literarum obligatio.*

§ 452. I. *Notion de l'obligation littérale.*

De même que l'obligation verbale reposait sur une solennité verbale, de même l'obligation écrite se basait sur une forme écrite (*contrahitur* literis *obligatio*). Dans l'ancien droit, on comptait parmi les obligations littérales le *nomina facere* et *transcribere* dans les registres domestiques, et la *syngrapha* [9]. Ces obligations littérales de l'ancien droit n'existent plus sous Justinien ; néanmoins, elles ont les caractères suivants des obligations littérales du droit nouveau qui en diffèrent entièrement. La simple remise d'un chirographe (*cautio s. chiro-*

---

[1] Fr. 5, § 3, D. XIII, 6. — fr. 1, § 1, D. XIX, 3.

[2] Fr. 17, § 1, D. XIX, 3.

[3] Fr. 1, pr. D. XIX, 3.

[4] Const. un. C. IV, 3. — Nov. 8, ch. 1. — Nov. 161, ch. 2.

[5] Dig. XXXVIII, 1. — Code VI, 3.

[6] Gajus, III, § 92-127. — Inst. III, 15 (16); 19 (20). — Dig. XLV, 1. — Code VIII, 38 et 39. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XII, c. 15, 18. — J. Goddæus, *Comm. de contrahenda et committenda stipulatione*. Ed. noviss. Herborn. 1609. — C. F. Muhlenbruch, *Comm. histor. jurid. de vera origine, genuino vi ac indole stipulationis*. Manhem. 1805. — J. A. van der Heim, *Diss. ne contrahenda et committenda stipulatione*. Lugd.-Bat. 1813. — Maciejowski, *Excurs. ad Virg. Æn.* X, 74. Inest disquisitio de origine stipulationis. Vers. 1827. — Holtius, *Lin. hist. jur. rom.* p. 249, dit : « Verborum obligationes id ex sua efficacitate emiserunt, quod plerumque scribi solent, et cum scriptæ sunt, facile factæ esse creduntur. »

[7] Pr. § 1, J. III, 15 (16). — fr. 1, § 7, D. XLIV, 7. — fr. 1, pr. D. XLV, 1. — Const. 10, C. VIII, 38.

[8] Pr. J. III, 15 (16). — fr. 74, D. XLV, 1. — fr. 9, 24, D. XII, 1.

[9] Sur l'obligation littérale de l'*ancien droit*, v. Cicéron, *pro Roscio*, c. 1-5; *pro Cluentio*; c. 14, 30; *De officiis*, III, 14; *ad Atticum*, c. 4, 18; *in Verrem*, II, 1, c. 36, et surtout Asconius Pedianus *ad. h. l.* — Gajus, III, 128-134. — Théophile, sur les Inst. III, 21. (22). — H. ab Idsinga, *Disp. de mutuo et veteri literarum obligatione*. Franeq. 1736, et dans Oelrichs, *Thes. diss. nov. Belg.* vol. 1, t. 1. p. 107. — A. Z. Hanlo, *Diss. de nominum obligatione*. Amstelod. 1825. — A. Wunderlich, *Diss. de antiqua literarum obligatione*. Gœtt. 1832. — A. E. Endemann, *Pr. de chirographo et exceptione non numeratæ pecuniæ*. Marb. 1832, p. 1-7.

graphum) ne constitue pas par elle-même une obligation ; il est en outre exigé que la dation de l'objet (*numeratio s. datio*) de l'obligation ait eu lieu. L'action intentée par le créancier en vertu de son chirographe peut donc être repoussée par l'exception qu'on n'a pas reçu ce dont on s'est reconnu débiteur. Néanmoins, lorsque celui qui donne le chirographe, quoiqu'il n'ait pas reçu ce dont il s'est reconnu débiteur, laisse pendant un certain temps cette reconnaissance entre les mains de celui qui l'a reçue, le chirographe seul donne, après ce laps de temps, naissance à une obligation, parce que le silence du débiteur est considéré comme un aveu tacite de la numération ; dès ce moment, le débiteur est obligé à payer, non par la raison qu'il aurait reçu, mais parce qu'il s'est reconnu débiteur par écrit. Telle est l'*obligation littérale* du droit de Justinien, et l'action qu'elle produit s'appelle *condictio ex chirographo* [1]. Mais la dénomination de *contrat littéral* ou de *contrat chirographaire* (*contractus chirographarius*) que les modernes lui ont donnée, est très-impropre.

§ 453. II. *Des cas où l'obligation littérale intervient.*

A. *Dans le cas du prêt.*

L'obligation littérale, telle qu'elle existe dans le droit nouveau, se présente en matière de prêt. Celui qui reconnaît, par un chirographe, devoir à une personne une somme déterminée que celle-ci lui a prêtée, ne peut, pendant deux ans, être actionné en vertu du chirographe; ainsi, lorsque pendant cet espace de temps, le porteur du chirographe intente l'action *mutui*, il est repoussé par l'exception *non numeratæ pecuniæ*, et comme cette exception n'est en réalité qu'une *litiscontestatio* négative, le créancier devra prouver par autres moyens qu'il a réellement compté les espèces [2]. Aussi, celui qui a donné le chirographe, s'il n'a pas reçu l'argent et s'il n'a pas souscrit *donandi animo*, pourra répéter sa reconnaissance pendant deux ans, en intentant la *condictio sine causa* [3]. Mais après ce laps de deux ans qui, chez le mineur, ne commence à courir que du moment de sa majorité, le souscripteur est tenu au paiement, peu importe qu'il ait réellement reçu l'argent ou non : le chirographe est devenu obligatoire pour lui, et la cause de son obligation n'est pas parce qu'il a reçu, mais parce qu'il a reconnu avoir reçu du possesseur du chirographe la somme que cet acte mentionne : *non re, sed literis obligatur*; enfin, puisque après l'espace de deux ans il importe peu qu'il ait reçu quelque chose, il ne peut plus être admis à prouver réellement qu'il n'a rien reçu [4].

§ 454. B. *Dans le cas de la dot.*

Une pareille obligation littérale se présente également dans le cas où une dot a été promise, mais non donnée (*dos cauta sed non numerata*). En effet, lorsqu'un époux reconnaît avoir reçu, soit dans un acte de mariage (*in instrumentis dotalibus*), soit dans un chirographe, une dot qui ne lui a pas été comptée, il peut, de même que son héritier, repousser l'action en restitution de la dot, par l'exception *dotis cautæ sed non numeratæ*; ce droit lui compète pendant une année après la dissolution du mariage, si celui-ci a duré moins de deux ans, et pendant trois mois, s'il a duré plus de deux ans, mais moins de dix. Il peut également actionner, pendant cet espace de temps, pour se faire restituer son chirographe. Après ces délais écoulés, de même que si le mariage avait duré dix ans, l'époux et son héritier ne sont plus admis à intenter la *querela* ou à opposer l'*exceptio dotis cautæ sed non numeratæ*; il est obligé à restituer la dot qu'il a reconnu par écrit avoir reçue, lors même qu'il n'en serait pas ainsi (*literis obligatur*). Si, en contractant le mariage, il est encore mineur, la loi lui

[1] Sur l'obligation littérale en *droit nouveau*, v. Inst. III, 21 (22). — Code IV, 30. — Doneau, *Comm. ad tit. Cod.* IV, 30. — Glück, *Comm.* 12e part. § 786-788. — Maier, *De vero exceptionis non numeratæ pecuniæ indole*. Wirceb. 1807.

[2] Const. 3, 4, 13, C. IV, 30. — Auth. *Contra*, Code, ibid. — Auth. *Si quis vult*, C. VIII, 18. La question de savoir si l'exception *non numeratæ pecuniæ* n'a lieu que contre des reconnaissances en matière de *prêt*, ou si elle s'applique également, comme exception *non datæ rei*, contre des reconnaissances pour *d'autres contrats réels*, est très-disputée. D'après la const. 14, pr. C. IV, 30, elle paraît néanmoins être admissible, comme exception *non datæ rei*, dans d'autres contrats réels, à l'exception des reconnaissances de dépôt. Const. 14, § 1, C. ibid.

[3] Const. 7, 14, § 4, C. IV, 30. — Const. 4, C. IV, 9. — Il y a des moyens de perpétuer l'exception *non numeratæ pecuniæ*.

[4] Inst. III, 21 (22) in fine. — Const. 8, 14, pr. C. IV, 30. — Beaucoup d'auteurs sont d'une opinion différente, surtout Unterholzner. Mais la const. 14, pr. cit. dit expressément : « — sed intra solum biennium continuum, ut eo elapso *nullo modo* querela non numeratæ pecuniæ introduci possit. » — Cpr. la Nov. 100, chap. 1.

donne douze ans poor intenter l'actiou qu'il n'a point reçu la dot promise, et, en cas de mort durant ce délai, son héritier majeur a eocore uu an, son héritier mineur cinq ans depuis la dissolution du mariage, pour inteoter la *querela* ou opposer l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*. Ce délai écoulé, il est obligé à restituer la dot qui lui avait été promise [1].

TITRE II.

DES PACTES [2].

§ 455. *Notion et espèces de pactes en général.*

Les *pactes* (*paeta*) étaient, chez les Romains, des conventions qui ne produisaient qu'une obligation naturelle et une exception, sans jamais donner lieu à une action (*quæ non habent causam civilem*) [3].

Mais, par la suite, on donna à plusieurs paetes la même foree qu'aux obligations civiles, et dès lors on distingua les pactes en *pacta nuda* qui ne produisaient qo'one exception, et en *pacta non nuda s. vestita* qoi donnaient lieu à une action. D'on autre côté, le droit civil défendit certaines conventions, les déclara nulles et de nul effet, et non-seulement elles ne pouvaient produire une exception, mais on pouvait même, au moyen de la *condictio indibiti*, répéter ce qui avait déjà été payé (§ 478-480). Aux pactes qoi produisaient une action et dont nous noua occuperons ici, appartiennent les *pacta adjecta*, les *pacta legitima*, et les *pacta prætoria*.

I. *Pacta adjecta.*

§ 456. 1. *Notion.*

Les *pacta adjecta* étaient, en droit romaiu, ceux qui étaient ajoutés aux contrats de bonne foi (*contractus bonæ fidei*) au moment même où ceux-ci étaient conclus; ils faisaient donc partie du contrat, et leur exécution pouvait être poursuivie par l'action produite par le contrat lui-même [4]. Ordinairement on modifie, par ces conventions accessoires, les conséquences qui découleraient de la nature légale du contrat (*detrahitur contractui*); souvent aussi, l'on règle des points qui ne seraient pas une conséquence générale de la nature légale du contrat (*adjicitur contractui*) [5]. De là la règle : *pacta dant legem contractui.*

§ 457. 2. *Des espèces de pactes ajoutés aux contrats.*

Parmi les conventions accessoires qui apportent des changements et des modifications aux contrats, on compte :

1. Le *pactum promitiseos*, par lequel le vendeur d'une ehose se réserve un droit de rachat avant toute autre personne, dans le cas où l'acheteur revendrait la chose. Mais pour pouvoir exercer ce droit, le vendeur doit faire les mêmes offres et préseuter les mêmes conditions que le tiers [6].

2. Le *pacte de réméré* (*pactum de retrovendendo*), par lequel le vendeur d'une chose se réserve, après ou pendant un certain lapa de temps, le droit de la racheter [7].

[1] La Nov. 100 déroge à la const. 3, C. V, 15. d'après laquelle la *querela* ou *exceptio dotis cautæ sed non numeratæ* était, dans tous les cas, recevable encore un an après la dissolution du mariage : c'est ce qu'on voit clairement par la Nov. 100, préf. comparée avec le chap. 1, verb. : — « *nec annum dantes.* » — Glück, *Comm.* 23e part. § 1239. D'autres prétendent que la Nov. 100 ne parle que de la *querela* dotis non numeratæ pecuniæ, et la const. 3 cit. de l'*exceptio* dotis non numeratæ.

[2] Dig. II, 14. — Code II, 3.

[3] Fr. 7, § 4, D. II, 14. « — Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. » Cpr. fr. 41 ibid. — § 3, 9, J. IV, 13. — fr. 13, 19, pr. D. XII, 6. — Const. 3, C. IV, 31. — Const. 10, C. II, 3. *V.* plus haut, les §§ 368, 399.

[4] Fr. 7, § 5, D. II, 14. — Const. 10, 13, C. II, 3. — Const. 2, C. IV, 54.

[5] Fr. 7, § 5, 6, D. II, 14. — fr. 72, pr. D. XVIII, 1.

[6] Fr. 73, D. XVIII, 1. — fr. 21, § 5, D. XIX, 1. Il est des personnes qui ont ce droit de rachat de plein droit, par exemple, le maître de l'emphytéose (*dominus emphyteuseos*). Const. 3, C. IV, 66. — En général : G. E. Œltze, *De quæstione an in venditione gratiosa jus promitiseos locum habeat?* Jenæ, 1767. — G. S. Madihn, *De jure promitiseos ejusque a retractu discrimine.* Halæ, 1758.

[7] Fr. 12, D. XIX, 5. — Const. 2, C. IV, 54.

3. La *in diem addictio*, lorsqu'on convient que la vente sera regardée comme non avenue, si pendant un temps déterminé il se présente un acheteur plus favorable, ou qu'elle ne sera valable que si pendant un temps fixe il ne se présente pas d'acheteur plus favorable [1].

4. Le *pactum reservati dominii* ou *reservatæ hypothecæ*, par lequel le vendeur, créancier du prix de vente, se réserve la propriété de la chose vendue jusqu'au paiement du prix, ou se fait donner une hypothèque sur la chose, pour sûreté du prix [2].

5. Le *pactum de non præstanda evictione*, par lequel on libère le vendeur de l'obligation de garantir l'éviction [3].

6. Le *pacte commissoire* (*pactum commissorium* ou *lex commissoria*), qui est une convention, en vertu de laquelle l'un des contractants est libéré de son obligation, si l'autre ne remplit pas la sienne pour l'époque déterminée [4]. Cette convention peut accompagner tous les contrats, à l'exception du contrat de gage dans lequel elle est défendue (§ 351).

7. Le *pactum displicentiæ*, par lequel l'un ou l'autre des contractants, ou tous deux se réservent, pendant un certain temps, le droit de se départir du contrat [5].

8. L'*antichrèse* qui se présente dans le contrat de gage et dont nous avons parlé au § 350.

9. Le *pactum de non alienando*, qui défend à l'acquéreur d'une chose de l'aliéner en faveur d'une personne déterminée [6].

II. *Pacta legitima.*

§ 458. *Notion des pactes légitimes.*

Les *pactes légitimes* (*pacta legitima*) étaient des conventions auxquelles, par exception, le droit civil des empereurs accorda une action [7]. Outre beaucoup d'autres conventions [8], on compte au nombre des pactes légitimes: le pacte de donation (*pactum donationis*) et la promesse d'une dot, faite par simple pacte.

§ 459. I. *De la donation.*

A. *Notion et espèces.*

La *donation* (*donatio*) est une libéralité par laquelle quelqu'un transfère, sans y être forcé, la propriété d'une chose à un autre, qui l'accepte [9]. *Est liberalitas, nullo jure cogente, in accipientem facta.* Les personnes qui interviennent dans la donation sont: le *donateur* (*donans, donator*) et le *donataire* (*donatarius*).

La donation se divise en *donation entre vifs* (*donatio inter vivos*) et en *donation à cause de mort* (*donatio mortis causa*), selon qu'elle est immédiatement irrévocable ou qu'elle ne le devient qu'après la mort du donateur ou d'un tiers [10]. Nous ne parlerons ici que de la donation entre vifs; la donation à cause de mort sera expliquée au livre IV.

§ 460. B. *De la donation entre vifs* [11].

1. *Qui peut faire et accepter une donation entre vifs?*

La donation entre vifs peut être faite par tous ceux qui ont la libre disposition de leurs

[1] Dig. XVIII, 2. — Doneau, *Comm.* XVI, 18. — Glück, *Comm.* 16e partie, § 1001-1005. — S. J. G. Behrens, *Comm. de periculo et commodo rei sub lege addictionis in diem venditæ.* Kil. 1795. — F. J. Musset, *Observat. conventionibus ad conditionem initis.* Wetzlar, 1813, cap. 1-3.

[2] A. F. Gœssel, *De vi reservati dominii.* Colon. 1795. — Fetzer, *De jure separationis, quod orto concursu venditori in re vendita competit.* Tubing. 1799.

[3] Fr. 11, § 18, D. XIX, 1.

[4] Dig. XVIII, 3. — Code VIII, 35. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XVI, 19. — G. S. Madihn, *De effectu legis commissoriæ parte pretii soluta.* Halæ, 1755. — J. Wilkens, *De lege commissoria emtionis venditionis.* Gœtt. 1786. — Glück, *Comm.* 16e part. § 1006-1012.

[5] Fr. 3, D. XVIII, 1. — J. A. Bach, *De mulcta pœnitentiali in emtione venditione.* Lips. 1756.

[6] Fr. 75, D. XVIII, 1. — fr. 21, § 5, D. XIX, 1. — fr. 135, § 5, D. XLV, 1. — Const. 3, C. IV, 6. — H. Carrard, *Dissert. de pacto de non alienando.* Tübing. 1789.

[7] Fr. 6, D. II, 14. « *Legitima* conventio est, quæ lege aliqua confirmatur: et ideo interdum ex pacto actio nascitur, vel tollitur, quoties Lege vel Senatusconsulto adjuvatur. » Il n'est point question ici des pactes légitimes qui avaient pour effet d'éteindre une obligation de plein droit.

[8] Par exemple, le compromis; v. plus loin, le § 470.

[9] § 1, J. II, 7. — fr. 29, pr. D. XXIX, 5. — fr. 82, D. L, 17. « Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur. » — fr. 38, D. XVIII, 1.

[10] § 1, 2, J. II, 7. — fr. 1, pr. D. XXXIX, 5. — fr. 30, D. XXXIX, 6.

[11] Paul. *Sent. rec.* V, 11. — Cod. Theod. VIII, 12. — Inst. II, 7. — Dig. XXXIX, 5. — Code, VIII, 54-56. — Vatic. Fragm. § 248-316. — Doneau. *Comm.* V, 2; XIV, 26-32. — Fernandez de Retes, *De donationibus*; dans le *Thes.* de Meerman, t. VI, p. 533. — Stisser, *Diss. de donat. natura et indole sec. jus rom.* Halæ, 1799. — Klinkhamer, *Comm. de donationibus ex vatic. fragm. illustratis.* Amst. 1826. — J. V. Jouret, *Diss. de donationibus inter vivos ex jure rom.* Lovan. 1827.

biens, et celui qui, en général, peut acquérir, le peut également par donation entre vifs. Mais les deux personnes ne peuvent pas être telles, qu'en droit, on ne les regarde que comme une seule; par exemple, le père et le fils de famille [1].

§ 461. 2. *Quelles choses peut-on donner?*

Toute chose qui procure un avantage au donataire et qu'il est capable d'acquérir, peut être l'objet d'une donation [2]. Ainsi, on peut transférer, par donation, non-seulement la propriété au donataire [3], mais on peut également lui concéder des droits réels [4]; on peut lui donner et céder des créances [5], le libérer d'une dette [6], et renoncer, à son avantage, à des droits acquis ou échus en partage [7]. Même tout le patrimoine du donateur peut devenir l'objet de la donation; néanmoins, elle ne porte et le donataire n'acquiert de droit, que sur les biens qui restent, déduction faite des dettes [8]. La donation de tous les biens (*donatio omnium bonorum*) ne sert jamais de base à une succession universelle; c'est par cette raison que le donataire ne peut jamais être directement actionné pour les dettes du donateur [9].

§ 462. 3. *Des espèces de donations entre vifs.*

La donation est pure (*donatio mera*), lorsqu'elle repose uniquement sur la libéralité du donateur [10]; elle est onéreuse, lorsque le donataire est tenu, de son côté, à une certaine prestation (*donatio non mera*); elle est rémunératoire (*donatio remuneratoria*), lorsqu'elle est faite en compensation de services rendus ou de bienfaits reçus [11]; enfin, celle qui est faite avec la charge d'atteindre un but, est une donation *sub modo* [12]. L'une et l'autre sont souvent des actes bilatéraux.

§ 463. 4. *De la forme de la donation.*

1. D'après l'ancien droit, le simple pacte de donation ne donnait naissance à aucune action. La donation destinée à être valable et à produire des effets, devait être faite dans la forme d'une stipulation ou avoir été exécutée. La loi *Cincia* (a. 550) défendait également de faire des donations qui excédassent certaines valeurs, excepté à de proches parents [13].

2. Plus tard, les constitutions des empereurs soumirent la validité des donations à plusieurs formalités : tantôt, on exigeait un écrit, tantôt la présence de témoins, tantôt une insinuation, c'est-à-dire une transcription dans les actes publics; mais ce droit subit de fréquents changements [14].

3. Enfin, Justinien ordonna que le simple pacte de donation produirait une action et que l'insinuation ne serait requise que lorsque la donation excéderait 500 solides (*solidi*). La donation qui n'a point été transcrite, est nulle pour tout ce qui excède 500 solides, et le surplus, si la donation a déjà été exécutée, peut être répété par la *condictio indebiti* [15]. Il est

[1] Fr. 1, § 1, D. XLI, 6. — Cette règle souffre plusieurs exceptions depuis l'institution des pécules. Const. 4, C. III, 36. — Const. 6, § 2, C. VI, 61. — fr. 31, § 2, D. XXXIX, 5. — Const. 17, pr. C. VIII, 54. — Const. 25, C. V, 16.

[2] Fr. 9, § 3, D. XXXIX, 5.

[3] La donation de la *chose d'autrui* ne produit qu'un titre d'usucapion. fr. 2, 3, D. XLI, 6. — fr. 13, pr. D. XXXIX, 6.

[4] Fr. 9, pr.; fr. 28, D. XXXIX, 5.

[5] Fr. 2, § 2; fr. 33, § 3, D. XXXIX, 5. — Const. 22, C. IV, 35. « Si autem *per donationem* cessio facta est. » — Const. 23, ibid.

[6] Fr. 17; fr. 25, pr. D. XXXIX, 5. — fr. 1, D. II, 15.

[7] Fr. 5, § 13-15, D. XXIV, 1.

[8] Fr. 72, pr. D. XXIII, 3. — fr. 12, D. XXXIX, 5. — fr. 39, D. L, 16.

[9] Leyser, *Spec.* 494, med. 2, regarde, dans ce cas, le donataire comme successeur universel, mais *v.* Kind, *Quæst. for.*, t. II, c. 65 (2e éd.).

[10] Fr. 1, pr.; fr. 29, pr. D. XXXIX, 5.

[11] Fr. 27; fr. 34, § 1, D. ibid. — fr. 6, pr.; fr. 7, D. XVII, 1. — fr. 12, § 2, 3, D. XXVI, 7. — fr. 25, § 11, D. V, 3. — C. Schildener, *De differentiis inter donationem simplicem et remuneratoriam spuriis.* Jenæ, 1798.

[12] Const. 9, 22, C. VIII, 54. — Const. 8, C. IV, 64. — Const. 1, C. VIII, 55. — Const. 2, 6, C. IV, 6. — F. Bergmann, *De natura donationum sub modo.* Gœtt. 1808.

[13] Sur l'*ancien droit*, surtout sur la loi *Cincia*, v. Frag. Vaticana, § 263, 302-311. — Brummer, *Comm. ad Legem Cinciam.* Paris. 1666. — A. A. F. Rudorff, *Diss. de Lege Cincia.* Berol. 1825. — E. Van den Burgh, *Comm. de donationibus*; dans les *Annal. Academ. Lead.* a. 1824-25. — S. C. Klinkhamer, *Comm. de donationibus.* Amstelod. 1826. — J. G. P. Serverans, *Diss. ad Legem Cinciam.* Gandavi. 1829.

[14] Sur le *droit nouveau*, v. Frag. Vaticana, § 249. — Const. 1, C. Th. III, 5. — Const. 1, C. Th. VIII, 12. — Const. 25-33, C. VIII, 54. — A. Einert, *Diss. de donatione immodica coram competente judice insinuanda.* Lips. 1805.

[15] Sur ce droit de Justinien, v. § 2, J. II, 7. — Const. 34-37, C. VIII, 54. — Nov. 52, ch. 2. — Nov. 162, ch. 1. — Sur la donation de rentes annuelles qui excèdent cette somme : const. 34, § 4, C. ibid. — D'ailleurs, la *donation entre époux* qui surpasse cette somme, est également soumise à cette formalité, à moins que le donateur ne l'ait confirmée par acte de dernière volonté. — Const. 25, C. V, 16. — Nov. 127, ch. 2.

néanmoins quelques donations qui se passent de l'insinuation quoiqu'elles excèdent cette somme. Telles sont en particulier les donations faites dans le but de racheter des prisonniers, ou de reconstruire des maisons tombées en ruine [1]; telles sont encore les donations faites par le prince, ou l'impératrice, ou qui leur sont faites [2]; ensuite, les donations à cause de mort, valables comme legs [3], et la donation faite à cause des noces (*donatio propter nuptias*) [4]; mais les donations rémunératoires sont sujettes à l'insinuation [5].

§ 464. 5. *De l'effet de la donation entre vifs.*

Une donation entre vifs, lorsqu'elle n'est point immédiatement exécutée, a pour effet de produire, en faveur du donataire, une action pour la faire exécuter; cette action est l'action *ex stipulatu*, lorsque la donation a été accompagnée de stipulation; dans tout autre cas, c'est la *condictio ex lege* 35, § *ult. C. de donationibus* (VIII, 54) [6]. Néanmoins, le donateur ne peut être condamné à donner au delà de ses moyens (*nisi in quantum facere potest*) et il ne doit pas payer les intérêts moratoires [7]. En général, il n'est pas plus obligé à répondre de l'éviction, excepté lorsqu'il l'a promise ou lorsqu'il a sciemment donné la chose d'autrui et a occasionné par là du dommage au donataire [8].

§ 465. 6. *Des causes de révocation.*

En général, la donation entre vifs est *irrévocable*. Néanmoins, cette règle souffre les exceptions suivantes dans les donations pures [9]:

A. Lorsqu'elle excède la portion des biens dont le donateur peut disposer, et quand elle attaque par conséquent la part légitime que certaines personnes ont droit de demander au donateur (*donatio inofficiosa*) [10]. Cette portion se détermine d'après la quotité des biens du donateur à l'époque de la donation. Cette donation inofficieuse peut être rescindée à la requête de ceux qui ont droit à la portion légitime, mais elle ne peut l'être à la demande du donateur lui-même; la rescision s'opère jusqu'à concurrence des biens qui forment la portion légitime du demandeur [11].

B. Le donateur lui-même a le droit de révoquer la donation dans les cas suivants:

1. Lorsque le donataire se rend coupable d'ingratitude envers lui. Tels sont les cas où il lui adresse des injures graves, où il exerce envers lui des voies de fait, où il lui occasionne une grande perte dans ses biens par suite de manœuvres frauduleuses, où il attente à sa vie, et le cas où il ne remplit pas les obligations que la donation lui impose [12]. Dans tous ces cas, le donateur seul, à l'exclusion de son héritier, a le droit de révoquer la donation [13]; la loi ne lui accorde pour répéter les choses données qu'une action personnelle, sans qu'il puisse même exiger les fruits perçus [14].

2. Le donateur peut encore révoquer la donation de tous ses biens ou d'une partie considérable de ses biens, lorsque, l'ayant faite dans un temps où il n'avait pas d'enfants, il lui en survient par la suite [15].

---

[1] C. 36, pr. § 2, C. VIII, 54. Il n'en est pas ainsi des donations *ad pias causas* en général. Const. 19, C. I, 2.

[2] Const. 34, pr. C. VIII, 54.—Nov. 52, ch. 2.

[3] Const. ult. C. VIII, 57.

[4] Nov. 119, ch. 1. L'omission de l'insinuation ne préjudicie pas à la femme, mais elle peut porter préjudice au mari. — Nov. 127, ch. 2.

[5] La plupart des auteurs pensent qu'elles ne sont pas sujettes à l'insinuation.

[6] § 2, J. II, 7. — Const. 35, § ult. C. VIII, 54. — Nov. 162, ch. 1.—Mais le donataire n'acquiert que par la tradition la *propriété* de la chose donnée. Const. 20, C. II, 3. — § 40 in fine, J. II, 1.

[7] Fr. 12; fr. 22; fr. 23, pr. § 3, D. XXXIX, 5. — fr. 19, § 1; fr. 30, 49, 50, D. XLII, 1.

[8] Const. 2, C. VIII, 45. — fr. 18, § 3, D. XXXIX, 5. — Cpr. fr. 62, D. XXI, 1.

[9] Car aucune de ces causes n'autorise la révocation des donations rémunératoires. fr. 25, § 11, D. V, 3. — fr. 27; fr. 34, § 1, D. XXXIX, 5. — fr. 34, § 1, D. XLVII, 2.

[10] Fr. 87, § 3, 4, D. XXXI. — Cod. Theod. II, 20. — Cod. Just. III, 29. — Nov. 92. — Cujas, *Paratitla in tit. C. de inoff. don. Observ.* V, 14. Expos. Nov. ad Nov. 92. — Doneau, *Comm.* XIX, 11. — Schorcht, *Diss. de donat. inoff. pro parte legitimæ rescindenda*, éd. 2e, Jenæ, 1797. — Glück, *Comm.* t. VII, § 550. — C. G. Hille, *Diss. de immodicarum donationum querela*. Marb. 1828.

[11] La question de savoir jusqu'à concurrence de quelle somme le demandeur a le droit d'actionner, a été disputée de tout temps. En tout cas, la *querela inofficiosæ donationis* ne peut être intentée qu'après la mort du donateur.

[12] Const. 10, C. VIII, 56. — Ce droit de révocation pour cause d'ingratitude subit quelques restrictions; v. la const. 7, C. ibid.

[13] Le donateur peut faire la révocation pour cause d'ingratitude non-seulement contre le donataire lui-même, mais également contre ses héritiers.

[14] Vinnius, *Sel. quæst.* II, 5. C'est pour cette raison que les *jura in re* concédés à un tiers cessent également.

[15] Du moins c'est ainsi que la jurisprudence explique la const. 8, C. ibid., quoique réellement cette constitution n'établisse qu'un droit particulier pour le patron qui a fait une donation à son affranchi. — Giphanius, *Explanatio legum Codicis*. Colon. 1615, p. 487. —

§ 466. II. **Pactum de dote constituenda.**

L'ancien droit romain ne donnait une action pour demander la constitution d'une dot promise, que lorsque la promesse était faite par stipulation ou par *dictio dotis*. Mais d'après le droit nouveau, le simple pacte *de dote constituenda* et même la *pollicitatio dotis* produisaient une action [1].

III. *Pacta prætoria.*

§ 467. A. *Du constitut.*

Les *pactes prétoriens* (*pacta prætoria*) sont des conventions auxquelles le préteur, dans son édit, attachait une action [2]. A ces pactes appartient le *constitut* (*constitutum debiti s. pecuniæ*), qui est une convention, par laquelle quelqu'un assignait à un créancier un certain jour ou un certain temps dans lequel il promettait de le payer : *diem solvendæ pecuniæ constituebat;* c'était une espèce d'obligation accessoire, ajoutée à la première obligation, et qui n'était contractée que pour la corroborer [3]. Si la dette a été contractée par celui qui fait la promesse, la convention prend le nom de *constitutum pecuniæ propriæ;* si c'est, au contraire, la dette d'un autre, elle s'appelle *constitutum pecuniæ alienæ* [4]. La première avait chez les Romains surtout cet avantage, que la promesse, qui d'abord ne donnait aucune action, pouvait alors être poursuivie pour être exécutée, *ex constituto;* la seconde était une espèce d'intercession dont nous parlerons au § 473. L'action qui dérivait du constitut s'appelle *pecuniæ constitutæ actio* [5].

§ 468. B. *Du pacte de précaire* [6].

Le *pacte de précaire* (*precarium*) est une convention par laquelle l'une des parties accorde gratuitement à l'autre et jusqu'à révocation, l'usage d'une chose ou l'exercice d'un droit [7]. Celui qui reçoit la chose et qui n'est responsable que du dol et de la faute lourde [8], acquiert en général par là la possession juridique de la chose, à moins qu'il n'ait été expressément convenu qu'il n'aurait que la simple détention [9]. Celui qui donne peut redemander en tout temps la chose, lors même qu'il l'aurait concédée pour un temps déterminé [10], et la loi lui accorde, en cas de refus, l'interdit *de precario* (§ 267) ou une action *præscriptis verbis* [11]. Le pacte de précaire convenu pour un temps déterminé est tacitement prolongé, lorsque le laps de temps étant écoulé, la chose n'est pas redemandée; mais il s'éteint toujours par la mort de celui qui reçoit la chose, s'il n'est pas expressément prolongé [12].

§ 469. *Du* receptum *des effets d'un voyageur* [13].

L'aubergiste ou le batelier qui reçoit dans son auberge ou dans son bateau les effets appartenant à un voyageur, ou qui les fait recevoir par des gens à son service, contracte par là, d'après l'édit du préteur, la stricte obligation de répondre de tout dommage que les effets pourraient éprouver dans l'auberge ou dans le bateau; il n'y a aucune distinction à faire si le dommage provient de lui-même, ou des gens à son service, ou de tiers; il répond du vol

---

J. F. N. Cremers, *De revocandis donationibus inter vivos propter liberos supervenientes.* Grœning. 1817.

[1] Const. 3, 4, C. Th. III, 12. — Const. 6, C. V, 11. — Const. 25, C. IV, 29. — Cpr. plus loin, de la forme de la constitution de la dot.

[2] § 1, J. III, 13 (14). — § 3, J. IV, 6. Le *receptum arbitrii* (§ 471) et le pacte *de jure jurando extrajudiciali* (§ 472) appartiennent également aux pactes prétoriens.

[3] § 8, 9, J. IV, 6. — Dig. XIII, 5. — Code, IV, 18. — Glück. *Comm.* 13e part. § 849 et suiv.

[4] Fr. 5, § 2, D. ibid. — Const. 1, C. IV, 18.

[5] Paul, *Sent. rec.* II, 2. — § 8, J. IV, 6.

[6] Paul, V, 6. — Dig. XLIII, 26. — Code VIII, 9.— Doneau, *Comm.* XIV, 34. — A. C. Stockmann, *Diss. de precario.* Lips. 1774. — J. G. Vogel, *Diss. de precario.* Gœtt. 1786. — J. G. Bickell, *Diss. de precario.* Marb. 1820. — Les opinions des auteurs sur la nature du pacte de précaire sont d'ailleurs loin d'être unanimes. Il y en a qui le regardent comme un contrat innommé, à cause de l'action *præscriptis verbis* qu'il produit. Doneau, *Comm.* XIV, 34. — Thibaut, *Pandectes*, § 898. D'autres pensent que c'est un quasi-contrat, à cause des fr. 1, § 3, D. XLIII, 26 et fr. 23, D. L, 17. Cujas. *Ad fr.* 23 *cit.*, et Savigny, *Traité de la possession*, § 42, croient que ce n'est pas un contrat.

[7] Fr. 1, pr.; fr. 2, § 3; fr. 3; fr. 6, § 4, D. XLIII, 26.

[8] Fr. 8, § 3, D. XLIII, 26.

[9] Fr. 4, § 1, D. XLIII, 26. — fr. 33, § 6, D. XLI, 3. — fr. 10, pr. § 1, D. XLI, 2. — Savigny, *loc. cit.* § 25.

[10] Fr. 12, pr. D. XLIII, 26.

[11] Fr. 1, pr.; fr. 2. § 2, ibid.

[12] Fr. 4. § 4; fr. 12, § 1, D. ibid.

[13] Dig. IV, 9. — Glück, *Comm.* 6e part. § 485.

des effets, mais non du dommage arrivé par un cas fortuit inévitable ou par détérioration intérieure de la chose. L'action qui en dérive contre lui se nomme *actio in factum de recepto* [1]. Aujourd'hui, cette action a également lieu, par analogie, contre les voituriers, pour les choses dont ils sont chargés d'opérer lo trausport [2].

TITRE III.

DES TRANSACTIONS.

§ 470. A. *De la transaction* [3].

La *transaction*, dans le sens le plus large, est tout accommodement entre deux ou plusieurs personnes sur un droit litigieux entro elles ou du moins incertain, et qui a pour but de faire cesser le litige ou l'incertitude. Dans co sens large, la transaction comprend aussi lo compromis et le pacte de serment extrajudiciaire.

La *transaction*, dans un sens restreint (*traus actio*), est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes fixent un druit litigieux entre elles ou du moins douteux et incertain [4], de telle sorte que chacune d'elles renonce en faveur de l'autre à une partie de ses prétentions [5].

1. Quant aux effets de la transaction, il fallait examiner, en droit romain, si elle avait été faite par stipulation ou non. Dans le premier cas, elle était pleinement obligatoire, et l'action *ex stipulatu* on garantissait l'exécution; la clause pénale stipulée pour le cas où l'une des parties contreviendrait à la convention, pouvait également être poursuivie par l'action *ex stipulatu*. Dans le second cas, celui qui avait exécuté la convention et qui l'avait ainsi changée en un contrat innommé (§ 446), pouvait actionner l'autre pour le forcer à l'exécuter également [6], par une action *verbis præscriptis*. N'y avait-il eu au contraire ni stipulation, ni exécution de la convention de la part de l'une des parties, la transaction, comme pacte nu, ne produisait aucune action, mais seulement une exception [7].

2. L'erreur, dans une transaction, se rapporte, soit au point qui a été en litige ou douteux, soit à un point qui n'était pas douteux aux yeux des transigeants. Dans le premier cas, l'erreur n'exerce aucune influence; dans le second, elle rend la transaction nulle [8].

3. Les parties transigeantes doivent également garantir l'éviction de ce que l'une donne en satisfaction à l'autre, à moins que l'une des parties, satisfaite par l'autre, ne lui ait cédé ses droits sur la chose en litige et ait été ensuite évincée par un tiers; elle doit, dans ce cas, avoir recours à son auteur [9].

§ 471. B. *Du compromis*.

Le *compromis* est une convention par laquelle deux ou plusieurs personnes s'obligent réciproquement à soumettre la décision de leur litige à un tiers qui s'appello *arbitre* (*arbiter*) [10]. Le compromis a pour effet d'obliger les

---

[1] Fr. 3, § 1, 5, D. ibid. — F. G. Adler, *De usu actionis de recepto quoad mores hodiernos*. Lips. 1775. — Sur la question de savoir si les aubergistes sont tenus de recevoir les voyageurs, comparez le fr. 1, § 1, D. ibid. avec le fr. un. § ult. D. XLVII, 5, et T. Kæmmerer. *Observ. jur. civilis*. Kostochil, 1827, cap. 2.

[2] Déjà à cause du fr. 25, § 7, D. XIX, 2. — Cpr. fr. 14, § 17, D. XLVII, 2. — F. Mackeldey, *Diss. quatenus actio de recepto contra aurigas et curatores mercium seu speditores competat*. Helmst. 1806.

[3] Cod. Theod. II, 9 — Dig. II. 15. — Cod. II, 4. — Duneau, *Comm. ad tit. Cod. de transactionibus*. — Vinnius, *Tractat. de transactionibus*; dans ses *Partition. jur. civ.* Rotterd. 1674, p. 993. — De Lutzenberger, *Diss. exhibens transactionis notionem, eamque ineundi modos ex jur. rom. princ.* Tubing, 1795. — G. B. Redlich, *Comm. de transactionibus*. Lips. 1824. — H. J. J. Colins, *Diss. de transactionibus*. Gandavi, 1822. — T. J. de Reysinger, *De transactionibus ex jure romano*. Lovan. 1824.

[4] Toute transaction suppose quelque chose d'incertain et de douteux. fr. 1, D. II, 15. — C'est pour cette raison qu'après le jugement (*post rem judicatam*), on ne peut plus transiger sur la chose jugée. fr. 23, § 1, D. XII, 6. — Const. 32, C. II, 4. — fr. 207, D, L, 17.

[5] Fr. 1, D. II, 15. — Const. 38, C. II, 4. — Const. 3, C. VI, 31.

[6] Fr. 16, D. II, 15. — Const. 6, 17, 20, 33, 37, 38, C. II, 4.

[7] Const. 21, C. II, 3. — Const. 9, 24, 28, C. II, 4.

[8] Const. 10, 42, C. II, 4. Les mêmes principes servent à résoudre la question de savoir si et jusqu'à quel point la lésion de plus de moitié exerce de l'influence sur la transaction.

[9] Const. 33, C. II, 4.

[10] Dig. IV, 8. — Code, II, 56. — J. G. Wippermann, *Diss. de compromissi recepti atque laudi qualitatibus et effectibus*. Rint. 1797. — Glück, *Comm.* 6e part. § 475. — Jaspis, *Diss. de arbitris*. Lips. 1821.

deux parties à se conformer à la décision (*arbitrium* ou *laudum*). Mais, en général, le droit romain exigeait en outre que les deux parties se garantissent, par une stipulation pénale (*stipulatio pœnæ* ou *compromissa pecunia*), l'exécution de la décision arbitrale, et l'action *ex stipulatu* servait à faire condamner au paiement de la peine, la partie qui se refusait à exécuter le jugement arbitral [1]. Mais déjà Justinien accorda, dans des cas déterminés, une action *in factum* pour un pacte convenu sans stipulation pénale [2]. Le compromis comprend le *receptum arbitrii*, ou la convention des parties litigeantes avec l'arbitre, par laquelle celui-ci promet d'examiner et de décider le litige (*recipit arbitrium*). Le juge peut le forcer à exécuter sa promesse, même sous la menace d'une amende [3].

§ 472. C. *Du pacte de serment extrajudiciaire.*

Le pacte de serment extrajudiciaire (*pactum de jurejurando extrajudiciali*) consiste dans la promesse faite entre deux personnes de faire dépendre la décision de leur litige d'un serment extrajudiciaire déféré à l'une d'elles [4]. Si celui qui le prête affirme par là sa prétention, il peut la poursuivre au moyen de l'action qui dérive du droit prétorien, sans qu'il lui soit ultérieurement nécessaire de prouver son droit [5]; si, au contraire, il jure la libération d'une prétention réclamée par l'adversaire, il peut opposer à l'action de ce dernier l'exception *jurisjurandi* [6]. La dispense du serment a le même effet que sa prestation [7], et le refus de le prêter annule la convention [8].

TITRE IV.

DES CONVENTIONS DE GARANTIE.

§ 473. *Notion et espèces.*

Les conventions de garantie sont en général celles qui ont pour but de donner au créancier des sûretés pour le paiement de sa créance. Telle est la convention qui stipule une clause pénale (§ 185), la dation d'arrhes (§ 186), le contrat de gage (§ 444) et le pacte d'hypothèque (*pactum hypothecæ*) (§ 343); enfin toute espèce d'intercession, dont nous nous occuperons seulement ici.

§ 474. *De l'intercession.*

A. *Notion et espèces.*

L'intercession a lieu, en général, lorsque quelqu'un, sans y être obligé en droit, se charge de la dette d'autrui déjà existante ou future, en promet du moins d'en répondre. L'intercession s'opère de deux manières :

A. Ou le débiteur primitif est libéré de sa dette; dans ce cas, elle prend le nom d'*expromissio*; elle exige le consentement du créancier [9], mais nullement celui du débiteur [10].

B. Ou bien le débiteur reste obligé et l'intervenant devient son co-obligé; dans ce cas, l'intervenant promet de répondre comme le véritable débiteur et comme s'il était débiteur lui-même; il s'oblige solidairement avec lui (§ 366) [11]; il peut aussi intervenir en promettant seulement de venir au secours du débiteur (*in subsidium*). Tel est le mandat qualifié, lorsqu'on charge quelqu'un d'accorder du crédit à un tiers [12] (§ 428), ou lorsqu'on constitue un gage pour le débiteur [13] (§ 342), ou lorsqu'on se porte caution pour lui. Dans ce dernier cas, le droit romain examinait si la caution avait été donnée par stipulation ou par

[1] Fr. 2; fr. 11, § 1-4; fr. 13, § 1; fr. 38, D. IV, 8.
[2] Const. 1-5, C. II, 56. — Nov. 82, ch. 11.
[3] Fr. 3, § 1, 2; fr. 9, § 3, 4, 5; fr. 10; fr. 11, pr. § 1; fr. 15; fr. 32, § 12, D. IV, 8.
[4] Paul, *Sent. rec.* II, 1. — § 11, J. IV, 6. — Dig. XII, 2. — Code, IV, 1. — Doneau, *Ad tit. Dig. de jurejurando*, cap. 3-9. — M. Zick. *Utrum jusjurandum apud Romanos pro specie transactionis habita sit?* Altdorf. 1804. — Glück, *Comm.* 12e part. § 796. — H. G. Gœcke, *Disp. de jurejurando delato et præcipue de vi ejus.* Berol. 1826, p. 8-21.
[5] § 11, J. IV, 6. — Cpr. fr. 5; fr. 9, § 1; fr. 11, § 3; fr. 13, § 2, 3; fr. 28, § 10, D. XII, 2.
[6] § 4, J. IV, 13. — fr. 9, § 1, D. XII, 2.
[7] Fr. 6; fr. 9, § 1, D. ibid.
[8] Fr. 5, § 4, D. ibid.
[9] Fr. 8, § 5, D. XLVI, 2. — Const. 25, C. II, 3.
[10] Fr. 8, § 5. cité : « — liberat autem me is qui, quod debet promittit, *etiam si nolim.* » — Arg. pr. J. III, 29 (30). Si elle intervient du consentement et sur la demande du débiteur, elle prend le nom de *delegatio*. fr. 11, pr. D. ibid. — *V.* plus loin, de la novation.
[11] Fr. 17, § 2; fr. 18, D. XVI, 1.
[12] Fr. 12, § 14; fr. 32, D. XVII, 1. — fr. 13, D. XLVI, 1.
[13] Const. 5, 7, C. IV, 29.

pacte ; l'une produisait la *fidéjussion* (*fidejussio*) ; l'autre le *constitut de la dette d'autrui* (*constitutum debiti alieni*, § 429).

§ 475. B. *De la fidéjussion.*

1. *Notion.*

La *fidéjussion* (*fidejussio*) est, en droit romain, une promesse faite au moyen de la stipulation, de payer la dette d'un autre dans le cas où celui-ci ne pourrait satisfaire le créancier pour l'époque déterminée [1]. Elle peut intervenir dans toute espèce de dettes [2], excepté dans celles que le droit civil regarde comme radicalement nulles [3]. Mais son but étant uniquement de donner une garantie au créancier, le fidéjusseur peut s'obliger par des liens plus forts et plus étroits que ceux du débiteur principal lui-même ; mais il ne pourrait s'obliger à autre chose, ni à davantage ou sous des conditions plus onéreuses [4]; car si le fidéjusseur devait plus, il devrait ce que ne doit pas le débiteur principal, et il ne serait plus son fidéjusseur.

§ 476. 2. *De l'effet de la fidéjussion.*

L'effet de la fidéjussion est double : elle fait naître un rapport entre le fidéjusseur et le créancier, et un rapport entre le fidéjusseur et le débitenr :

A. Quant au rapport entre le fidéjusseur et le créancier :

1. Le fidéjusseur et son héritier sont tenus de payer, si le débiteur principal ne satisfait pas à sa dette [5]; bien plus, le fidéjusseur qui s'est obligé purement et simplement (*in omnem causam*) est non-seulement tenu de la dette principale, mais également de tous les accessoires, tels que les intérêts conventionnels et légaux, la clanse pénale et les frais de procès [6] ; dans tout autre cas, il n'est astreint à payer que ce qu'il a promis et les intérêts conventionnels stipulés dès le principe [7].

2. D'ailleurs, en strict droit, le créancier a le choix de ponrsuivre d'abord le débiteur ou directement le fidéjusseur [8] ; néanmoins le droit nouveau accorde au fidéjusseur le bénéfice d'ordre ou de discussion (*beneficium ordinis s. excussionis*), en vertu duquel il peut exiger que le créancier poursuive et discnte d'abord le débiteur principal [9].

3. Lorsqu'il y a plusieurs fidéjusseurs, ils sont solidairement obligés, mais en droit nouveau ils profitent du bénéfice de division (*beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani*), qui autorise le fidéjnssenr poursuivi en paiement de la totalité de la créance, d'exiger de n'être condamné d'abord que pour sa part et portion [10]. Mais le premier de ces deux bénéfices ne peut être opposé lorsque le débiteur principal est insolvable ; le second ne pent l'être que pour autant que les autres cautions soient solvables, faciles à poursuivre, et lorsque la caution a expressément renoncé.

4. L'action que le créancier a contre le fidéjusseur était, chez les Romains, l'action *ex stipulatu*.

B. Vis-à-vis du débiteur principal, le fidéjnsseur a le droit, lorsqn'il a payé pour lui,

---

[1] Gajus, III, 115 seq. — Inst. III, 20 (21). — Dig. XLVI, 1. — Code, VII, 41. — Doneau, *Comm. ad tit. Cod. de fidéjussoribus* ; dans ses *Opera*, t. IX, p. 1307. — A. Hering, *De fidejussoribus*. Ed. noviss. Francof 1647. — A. G. De Schrœter, *De sponsoribus, fidepromissoribus et fidejussoribus*. Jenæ, 1822. — J. B. Quinet, *De fidejussoribus sec. jus rom.* Lovanii, 1825. — J. V. Westrik, *Disp. ad locum Gaji Institutionum de sponsoribus, fidepromissoribus et fidejussoribus*. L.-B. 1826.

[2] § 1, J. III, 20 (21). — fr. 1 ; fr. 2; fr. 8, § 1, 2 ; fr. 16, § 3; fr. 37, D. XLVI, 1. — Mais la restitution de la dot ne peut être garantie par des fidéjusseurs. Const. 1, 2, C. V, 20.

[3] Fr. 46; fr. 16, pr.; fr. 32, D. XLVI, 1.—Quant à la fidéjussion d'une obligation naturelle, v. fr. 9, § 3; fr. 7, pr. D. XIV, 6.—fr. 7, § 1, D. XLIV, 1.—fr. 25, D. XLVI, 1. — fr. 95, § 3, D. XLVI, 3. — fr. 13, pr. D. IV, 4.

[4] § 5, J. III, 20 (21). — fr. 1, § 8, D. XLIV, 7. Si le fidéjusseur avait promis autre chose ou plus que le débiteur principal ne devait, il n'était obligé à rien. fr. 8, § 7; fr. 42, D. XLVI, 1. — F. C. Conradi, *De fidejussore in majorem summam, quam quæ debetur, adhibito*. Helmst. 1734.

[5] § 2, J. III, 20 (21). — fr. 4, § 1, D. XLVI, 1. — Si le fidéjusseur prouve que le créancier n'a pas été payé par sa propre faute, il est libéré da la fidéjussion : fr. 41, pr. D. XLVI, 1. — fr. 95, § 11, D. XLVI, 3. — C. E. Thibaut, *De fidejussore creditoris in exigendo negligentia liberato*. Heidelb. 1829.

[6] Fr. 54, pr. D. XIX, 2. — fr. 4, § 1 ; fr. 56, § 2, D. XLVI, 1. — fr. 32, pr. D. XXVI, 7. — fr. 88, D. XLV, 1. — fr. 24, § 1, D. XXII, 1.

[7] Fr. 68, § 1, D. XLVI, 1. — Const. 4, C. IV, 32.

[8] Const. 5, C. VIII, 41. Si le fidéjusseur n'a cautionné que ce que le créancier ne pourrait obtenir du débiteur, celui-ci doit nécessairement être actionné en premier lieu. — fr. 116, D. XLV, 1. — Const. 1, C. X, 2. — Chr. Thomasius, *Diss. de fidejussore indemnitatis*. Halæ, 1703.

[9] Const. 5, C. VIII, 41. — Nov. 4, ch. 1. — C. A. Schaab. *Diss. de fidejussore, qui ut debitorem principalem se obligarit, beneficio ordinis gaudente*. Mogunt. 1786.

[10] Gajus, III, 121, 122. — § 4, J. III, 20 (21). — Const. 3, C. VIII, 41. — Nov. 99. — G. Asverus, *Spec. ad nov. 99*. Genæ 1822

d'être tenu quitte et indemne de toute perte ; la loi lui donne, lorsque le paiement a eu lieu d'après les ordres du débiteur, l'action contraire de mandat ; dans les autres cas, il a l'action contraire *negotiorum gestorum*, ou *ex jure cesso* du créancier [1] ; à cette fin, il profite du bénéfice de cession d'action (*beneficium cedendarum actionum*), en vertu duquel la loi l'autorise à exiger, avant le paiement, que le créancier lui cède son droit de créance envers le débiteur principal, avec tous les droits de gage et d'hypothèque [2]. Tous ces droits compètent également au fidéjusseur qui a payé pour son co-fidéjusseur.

§ 477. 3. *Fidéjussion de la fidéjussion.*

Nous avons à mentionner ici la fidéjussion de la fidéjussion (*fidejussio fidejussionis*) qui est de deux espèces. Tantôt, en effet, elle a lieu pour donner au créancier plus de sûreté encore ; dans ce cas, une seconde personne répond du fidéjusseur (arrière-caution) [3] ; tantôt aussi, elle a lieu pour la sûreté du fidéjusseur lui-même ; une seconde personne promet, dans ce cas, de rembourser le fidéjusseur qui a été obligé de payer pour le débiteur principal [4].

§ 478. C. *Du constitut de la dette d'autrui* [5].

De même que la fidéjussion est le cautionnement en droit civil au moyen de la stipulation, de même le constitut de la dette d'autrui est la cautionnement du droit prétorien, au moyen d'un pacte nu, par lequel quelqu'un promet de payer la dette d'autrui déjà existante. Le constitut est un pacte prétorien et diffère de la fidéjussion, d'abord en ce qu'il ne requiert aucune stipulation [6], et ensuite en ce que sa nature accessoire n'est pas aussi stricte que la fidéjussion. Ainsi, le constituant peut s'obliger à autre chose [7], à payer plus tôt, mais non à payer davantage [8], à payer dans un autre lieu [9], et à un autre créancier [10]. Au reste, le constitut a les mêmes effets que la fidéjussion et la loi donne les mêmes droits au constituant qu'au fidéjusseur [11]. L'action qui dérive du constitut s'appelle *constitutæ pecuniæ* [12].

§ 479. D. *De l'intercession des femmes* [13].

Tous ceux qui peuvent s'obliger et qui ont la libre disposition de leurs biens, peuvent en général s'obliger par intervention. Néanmoins, cette règle souffre exception, surtout à l'égard des femmes.

A. Le sénatusconsulte Velléien (*Sctum Vellejanum*), rendu sous Claude, déclara :

1. Que toute intercession d'une femme, peu importe en quoi elle consiste, serait nulle ; la femme qui a néanmoins intercédé et qui est actionnée en vertu de son intercession, a non-seulement le droit d'opposer l'exception *Scti Vellejani* à l'action du créancier [14], mais encore, si elle a payé par erreur de droit, de répéter par la *condictio indebiti* [15] ce qu'elle a payé. Lorsque la femme qui a intercédé repousse l'action du créancier par l'exception du sénatusconsulte Velléien, le créancier reprend son action contre le débiteur originaire (*actio restitutoria s. rescissoria*) [16], si l'intercession était une *expromissio* qui a pour effet d'éteindre la dette existante d'un tiers (§ 474) ; mais lorsque la femme a intercédé pour libérer un tiers d'une dette future, le créancier obtient contre celui-ci l'action produite par l'intercession de

[1] § 6, J. III, 20 (21). — fr. 4, pr. D. XLVI, 1. — fr. 43, D. III, 5.

[2] Fr. 36, 39, D. XLVI, 1. — Const. 2, 11. C. VIII, 41. — N. D. Burman, *De fidejussoribus eorumque privilegiis*. Traj. ad Rhen. 1804.

[3] Fr. 8, § 12 ; fr. 27, § 1. D. XLVI, 1. — C. A. Gründler, *Comm. de fidejussore fidejussoris*. Halæ, 1794.

[4] Fr. 4, pr. D. ibid.

[5] § 8, 9. J. IV, 6. — Dig. XIII, 5. — Code, IV, 18. — Doneau, *Comm. ad tit. Cod. de constituto pecunia*. In oper. t. VII, p. 973. — J. C Koch, *De constituto debiti alieni ejusque a fidejussione discrimine*, Kil. 1777. — Glück, *Comm.* 13e part. § 849 et suiv.

[6] § 9, J. IV, 8.

[7] Fr. 1, § 5, D. XIII, 5.

[8] Fr. 4 ; fr. 11, § 1 ; fr 12, 13, 19, D. ibid.

[9] Fr. 5, pr. D. ibid.

[10] Fr. 5, § 2, D. ibid.

[11] Nov. 4, ch. 1. — Nov. 136, præf. — Const. 3, C. IV, 18. — Théophile, sur les Inst. IV, 6, § 8, 9.

[12] Paul, *Sent. rec.* II, 2. — § 8, J. IV, 6.

[13] Paul, II, 11. — Dig. XVI, 1. — Code, IV, 29. — Nov. 134, ch. 8. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XII, 29-32. — J. A. Hellfeld, *De intercessione mulierum et Scto Vellejano*. Jenæ, 1739. — Glück, *Comm.* 14e et 15e part. § 920-927. — H. D. Suse, *Diss. de jure singulari feminæ intercedentis*. Gœtt. 1803. — C. G. Biener, *De fidejussione mulierum quæstiones*. Lips. 1808.

[14] Fr. 2, § 1, D. XVI, 1. — Const. 1. 3, 16, C. IV, 29.

[15] Fr. 8, § 3, D. ibid. — Const. 9, C. ibid. Si elle a constitué un gage ou une hypothèque pour une dette d'autrui, elle peut également en demander la restitution. fr. 32, § 1, D. ibid.

[16] Fr. 1, § 2 ; fr. 8, § 9-13 ; fr. 14 ; fr. 16. § 1 in fine ; fr. 20 ; fr. 32, § 5, D. ibid. — Const. 16, C. ibid.

la femme (*actio institutoria*) [1]. Enfin, lorsqu'une femme est intervenue pour un tiers conjointement avec un homme, celui-ci est seul tenu pour le tout; néanmoins, lorsque l'un et l'autre ne se sent obligés chacun que pour sa part et portion, l'homme n'est tenu que pour sa part, tandis que le créancier a, contre le débiteur, pour la part de la femme, l'action *restitutoria* ou *institutoria* [2].

2. Mais, déjà avant Justinien, la femme ne pouvait, dans certains cas exceptionnels, se prévaloir du sénatusconsulte Velléien. Tels étaient les cas où elle était dédommagée de son intervention [3], où elle agissait dans le but de tromper le créancier [4], où le créancier près duquel elle intercédait était mineur [5], et où elle invitait le créancier à intenter son action et promettait alors de ne point se prévaloir du bénéfice du sénatusconsulte [6].

B. A ces exceptions Justinien en ajouta plusieurs autres :

1. Celle où une femme majeure au moment de l'intercession, réitérait sa promesse après deux ans [7].

2. Il ordonna ensuite que l'intercession de la femme serait nulle de plein droit, si elle n'avait été reçue dans un acte public et signée de trois témoins; la femme n'avait donc pas besoin, dans ce cas, d'invoquer le sénatusconsulte, à moins que le créancier ne prouvât que la femme avait été indemnisée pour avoir intercédé [8], ou qu'elle avait intercédé pour rendre la liberté à un esclave, ou pour constituer une dot [9].

3. Enfin, Justinien ordonna, par la Novelle 134, ch. 8, d'où l'on a tiré l'Authentique *Si qua mulier*, C. IV, 29, que l'intercession de la femme mariée, en faveur de son époux, serait purement et simplement nulle, quoique plusieurs fois réitérée et même reçue par acte public; il ne mit à cette règle qu'une seule exception : c'est lorsque la femme s'était enrichie par l'intercession [10].

4. Le droit romain regardait sans effet la renonciation au sénatusconsulte Velléien faite au moment de l'intercession [11], et Justinien ne la déclara admissible, en même temps que nécessaire, que dans le seul cas où la mère ou l'aïeule voulussent accepter la tutelle de leurs enfants ou petits-enfants [12].

TITRE V.

DES CONVENTIONS PROHIBÉES.

§ 480. A. *Notion et espèces de conventions prohibées, en général.*

Le droit romain prohibe absolument et déclare sans effets plusieurs conventions, obligatoires et valables d'après les principes généraux; non-seulement ces conventions ne donnent naissance à aucune exception, mais on peut même répéter par la *condictio indebiti* ce qui a déjà été payé (§§ 368, 455). Nous en avons déjà indiqué plusieurs; par exemple, les conventions qui stipulent des intérêts usuraires ou qui reposent sur une usure déguisée (§ 386); le pacte commissoire qui accompagne le gage d'une chose (§ 437), et l'intercession des femmes (§ 479); nous aurons encore à parler plus loin d'autres conventions prohibées; par exemple, des conventions dotales prohibées; nous ne nous occuperons donc ici que des conventions aléatoires.

§ 481. B. *Des conventions aléatoires, en particulier.*

Les *conventions aléatoires* (*pacta quæ aleam continent*) sont, en général, celles dans lesquelles les avantages et les pertes des contractants dépendent plus ou moins d'un cas fortuit. Parmi ces conventions, il en est qui sont autorisées, par exemple, l'*emtio spei* et *rei spe-*

[1] Fr. 8, § 14, D. ibid.
[2] Fr. 48, D. XLVI, 1. — Const. 8, C. IV, 29.
[3] Fr. 16. pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, D. XVI, 1. — Const. 2, C. ibid.
[4] Fr. 2, § 3; fr. 11; fr. 27, pr.; fr. 30, pr. D. ibid. — Const. 18, C. ibid.
[5] Fr. 12, D. IV. 4.
[6] Fr. 32, § 4, D XVI, 1.
[7] Const. 22. C. IV, 29.
[8] Const. 23, C. ibid. Les opinions sont très-partagées sur le véritable sens et l'étendue de cette constitution. — Cpr. Thibaut, *Système*, § 948 et Hœpfner, *Comm.* § 858, note 3.
[9] Const. 24, 25, C. ibid.
[10] Nov. 134, ch. 8. — Auth. *Si qua mulier*, C. ibid.
[11] Mais la femme qui avait intercédé pouvait, lorsque le créancier intentait son action, renoncer à l'exception du sénatusconsulte Velléien. fr. 32, § 4, D. XVI, 1.
[12] Nov. 118, chap. 5.

ratæ, le *fœnus nauticum*; d'autres sont partie permises, partie prohibées. Tel est :

1. Le *jeu* (*lusus*) [1]. En général, on entend par là un acte, par lequel l'issue incertaine d'un fait déterminé ou d'une condition décide laquelle entre plusieurs personnes profitera du gain ; ce fait ou cette condition doivent dépendre soit du hasard, soit de l'adresse des joueurs, soit de tous deux à la fois. La *convention de jeu* consiste dans la convention sur la condition qui doit décider du gain. Chez les Romains, les jeux gymnastiques seuls étaient permis lorsque l'enjeu était modéré [2]; tous les autres jeux étaient tellement prohibés, que non-seulement ils ne produisaient aucune action, mais que même on pouvait pendant 50 ans répéter par la *condictio indebiti* ce qui avait déjà été payé [3].

2. Le *pari* (*sponsio*). Le pari est une convention par laquelle l'une des parties promet de donner ou de prester quelque chose à l'autre, si le fait qu'elle prétend exister dans le préseut ou dans le futur. de telle et telle manière, n'est pas conforme à la vérité. Le pari qui intervient dans les jeux est permis et prohibé comme les jeux eux-mêmes [4]; le pari est encore défendu lorsque l'objet qu'il a en vue est contraire aux bonnes mœurs [5]. Le dol et la simulation rendent nul le pari autorisé ; par exemple, lorsque l'une des parties connaît l'issue de l'affaire, et la cache à l'autre pour l'engager à parier.

CHAPITRE II.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DE DÉLITS [6].

§ 482. I. *Notion de délit.*

Le *délit* (*delictum*) est un fait volontaire de l'homme qui contrevient à une loi pénale. Le délit entraîne comme conséquence générale l'obligation de réparer le dommage causé, et de subir la peine comminée par la loi [7]. Lorsque plusieurs personnes ont commis ensemble un délit, elles sont solidairement responsables du dommage causé, sans pouvoir invoquer le bénéfice de division, et sans recours envers leurs participants au délit [8]. La peine, au contraire, est toute personnelle [9].

§ 483. II. *De la division des délits.*

Les délits, en droit romain, se divisent en délits *publics* et en délits *privés* (*publica* et *privata*), suivant qu'ils entraînent une peine publique ou une peine privée. La peine publique est celle que l'Etat est en droit d'infliger et qui donne lieu au *judicium publicum*; la peine privée est celle que la personne lésée peut poursuivre, et à l'égard de laquelle le délit fait naître une obligation et une action pécuniaire. La peine privée consiste ordinairement, en droit romain, en ce que le délinquant doit restituer le double, le triple ou le quadruple du dommage causé (*duplum, triplum, quadruplum*) [10]. La théorie des délits et des peines publiques appartient au droit criminel ; celle des délits privés est du ressort du droit civil, en tant qu'ils produisent une obligation en réparation du dommage causé, et en paiement d'une peine privée. Mais il est à remarquer que l'action en réparation du dommage (*actio rei persecutoria*) passe aux héritiers du lésé et peut être dirigée contre les héritiers du délinquant ; tandis que l'action pénale (*actio pœnalis*), quoique se transmettant en règle générale, à l'exception de l'action d'injures [11], aux héritiers du lésé, ne peut cepen-

[1] Dig. XI, 5. — Cod. III, 43 (non gloss.). — P. Pantaja de Aiala, *Comm. ad tit. D. et C. de aleatoribus*: dans Otton, *Thes.* t. IV, p. 905. — Glück, *Comm.* t. XI, p. 757 et suiv. — J. J. Lind, *Ad tit. Dig. de aleatoribus*. L.-B. 1816. — Cock, *Responsio ad quæstionem : Quid alea, quid aleator sit?* Traj. ad Rhen. 1819.

[2] Fr. 2, § 1, D. XI, 5. — Const. 3, C. III, 43.

[3] Const. 3, C. cit.

[4] Fr. 3, D. XI, 5.

[5] Fr. 17, § 5, D. XIX, 5.

[6] Gajus, III, 182 seq. — Inst. IV, 1. — Dig. XLVII, 1. — Doneau, *Comm. jur. civ.* lib. XV, c. 23-30.

[7] G. A. Kleinschrod, *Doctrina de reparatione damni delicto dati ex natura rei jureque privato deducta*. Wirceb. 1798.

[8] Fr. 14, § 15, D. IV, 2. — Const. 1, C. IV, 8.

[9] Fr. 11, § 2, D. IX, 2. — fr. 55, § 1, D. XXVI, 7. — fr. 34, D. XLVII, 10.

[10] § 18, 19, 21-25, J. IV, 6. — Cpr. plus haut, le § 205.

[11] Gajus, IV, 112. — § 1, J. IV, 12.

dant être intentée contre les héritiers du délinquant [1], à moins que le délit du défunt ne les ait enrichis [2], ou que l'action n'ait été intentée contre lui de son vivant [3].

Il y a, en droit romain, quatre délits privés : le vol, la rapine, le dommage fait injustement, et l'injure [4].

§ 484. III. *Des délits privés en particulier.* A. *Du vol.*

1. *Notion et espèces.*

Le *vol* (*furtum*), dans le sens du droit romain [5], est toute soustraction frauduleuse de choses meubles [6], dans le dessein d'en retirer un profit pécuniaire (*lucri animo*) [7]. Lorsque le voleur est attrapé et pris sur le fait avant qu'il ait la chose en son pouvoir, le vol prend le nom de *vol manifeste* (*furtum manifestum*) ; dans tout autre cas, le vol est *non manifeste* (*furtum non manifestum*) [8]. Relativement à son objet, le vol se divise en *furtum rei ipsius*, en *furtum usus*, et en *furtum possessionis*.

1. Le vol de la chose elle-même (*furtum rei ipsius*), qui se commet par la soustraction frauduleuse d'une chose meuble, est de deux espèces : l'on peut, en effet, voler la chose d'autrui (*furtum alienæ rei*), aussi bien que la sienne propre (*furtum suæ rei*), lorsque le propriétaire soustrait sa chose à celui qui a le droit de la posséder [9].

2. Le vol d'usage (*furtum usus*) consiste dans l'usage que l'on fait illégalement d'une chose meuble que l'on possède, par exemple, à titre de créancier gagiste, de commodataire ou de dépositaire [10] ; le vol d'usage peut également se commettre sur sa propre chose ; par exemple, lorsque le propriétaire emprunte sa chose de celui auquel il l'a engagée, et la prête à un tiers sans l'autorisation du créancier gagiste [11].

3. Le vol de possession (*furtum possessionis*) se commet lorsque celui qui possède une chose meuble, non à titre de propriétaire, mais par exemple comme créancier gagiste ou comme commodataire, change, par un acte extérieur, par exemple par recel, dénégation ou soustraction de la chose, cette possession en possession à titre de propriétaire. Le vol de possession ne peut être commis que sur des choses d'autrui [12]. Un pareil vol de possession paraît s'être rapporté à la règle connue : *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest* (§ 244).

§ 485. 2. *Des obligations qui naissent du vol.*

Les effets légaux du vol sont les suivants [13] :

1. Le voleur est tenu de restituer la chose volée avec tout ce qui y appartient et de prester, dans le cas où elle n'existe plus, le plus haut prix qu'elle ait atteint depuis la soustraction [14].

2. Il est indéfiniment tenu de tout le dommage causé, même du cas fortuit, et quoiqu'il prouve que la chose aurait péri entre les mains de celui à qui il l'a soustraite [15]. L'exécution

[1] Gajus, *l. c.* — fr. 111, § 1, D. L, 17. — fr. 1, pr. D. XLVII, 1.

[2] Fr. 38, 127, D. L, 17. — Const. un. C. IV, 17.

[3] Fr. 33, D. XLIV, 7. — fr. 164, D. L, 17.

[4] Aujourd'hui, le délit ne donne lieu qu'à une action en reparation du dommage causé, et les *actiones pœnales* des Romains, qui avaient pour but une peine privée, ont disparu de notre législation, tout délit produisant aujourd'hui une peine publique.

[5] Gajus, III, 138-208. — Paul, II, 31. — Inst. IV, 1. — Dig. XLVII, 2. — Code, VI, 2. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 29. — Unterholzner, *Von der Verjæhrung*, p. 120-130. — Hasse, *Von der Culpa*, § 81-91. Ch. Dan. Erhard. *Diss. de furti notione per leges constituta accuratius definienda.* Lips. 1806. — G. G A. van Imhoff, *De furtis ad leg. XII Tab.* Grœning. 1824 — H. Luden, *De furti notione sec. jus rom.* Jenæ, 1831.

[6] Il n'y a point de vol d'une chose immeuble. Gajus, II, 51. — § 7, J. II, 6. — fr. 25, pr. D. XLVII 2. — fr. 38, D. XLI, 3.

[7] § 1, J. IV, 1. — fr. 1, § 2, 3, D. XLVII, 2. Cpr. fr. 52, § 16. ibid. — fr. 22, § 7, D. XVII, 1. — Const, 7, C. VI, 2 Le dessein de tirer profit de la chose (*animus lucri faciendi*) est essentiellement nécessaire. fr. 39, D. XLVII, 2.

[8] § 3, J. IV, 1. — fr. 2; fr. 8; fr. 21, pr.; fr. 35, D. XLVII, 2.

[9] Gajus. III, 200. — § 10, J. IV, 1. — fr. 15, § 1, 2; fr. 19, § 5, 6; fr. 20. § 1; fr. 53, § 4; fr. 59, D. XLVII, 2. — fr. 49. D. XLI, 3.

[10] § 6, J. IV. 1. — fr. 40; fr. 54, pr.; fr. 76, pr. D. XLVII, 2. — fr. 16, D. XIII, 1.

[11] Fr. 54, § 1, D. XLVII, 2.

[12] Théophile, sur le § 1, J IV, 1. — fr. 33; fr. 46, § 6; fr. 52, § 7; fr. 59; fr. 67, pr.; fr. 71, pr.; fr. 73, D. XLVII. 2.

[13] Il s'entend de soi-même que le propriétaire de la chose soustraite a le droit de la revendiquer de tout détenteur, même du possesseur de bonne foi, et cela sans indemnité. § 19, J. IV, 1. — Const. 2, C. VI, 2. Ce droit n'est point une conséquence du vol, mais bien du droit de propriété qui, par conséquent, doit être prouvé, tandis que celui qui actionne *ex furto* n'a qu'à prouver la soustraction frauduleuse.

[14] Fr. 8, pr. § 1. 2, D. XIII. 1. — Cpr. fr. 67, § 2, D. XLVII, 2. — fr. 13, D. XIII, 1.

[15] Fr. 8, pr. § 1 eu « Semper enim moram fur facere videtur. » — fr. 8, § 1; fr. 16; fr 20. D. XIII, 1. — fr. 40, pr D. V, 3 — fr. 50. pr. D. XLVII, 2. — Const. 9, C. VI, 2. — Const. 2, C. IV, 8. — *V.* plus haut, le § 382.

de ces deux obligations peut être poursuivie par le propriétaire de la chose volée contre le voleur et ses héritiers, mais non contre le recéleur et le complice [1], au moyen de la *condiction furtive* (*condictio furtiva*) qui est *rei persecutoria* [2].

3. Ensuite, le droit romain donnait à quiconque avait intérêt à ce que la chose ne fût pas soustraite [3], le droit d'exiger, comme peine privée, le quadruple du prix de la chose volée, lorsque le vol était manifeste, et le double, lorsque le vol était non manifeste ; l'action *furti* qui était pénale, et qui servait à poursuivre ce droit, se donnait contre le voleur, mais nullement contre ses héritiers [4]. L'obligation de prester le double s'étendait aussi au complice, de même qu'au recéleur de mauvaise foi, dans l'un comme dans l'autre cas [5].

§ 486. 3. *De la* rerum amotio.

L'action *furti* n'a pas lieu entre fiancés ou époux [6] ; mais lorsque le vol a été commis avant le mariage, la loi accorde la condiction furtive que l'on peut intenter même durant le mariage [7] ; lorsqu'au contraire il a été commis pendant le mariage, il prend le nom de *amotio rerum* et produit l'action *rerum amotarum* [8]. Cette action peut être intentée *directement*, si le vol a été commis en vue du divorce [9] ; elle peut l'être *utilement*, s'il a été commis dans l'attente de la mort [10]. Dans les deux cas, l'action est dirigée en restitution de la chose avec tous ses accessoires, ou en réparation du dommage causé [11], et ne peut en général être intentée qu'après la dissolution du mariage [12].

§ 487. B. *De la rapine.*

1. *Notion.*

La *rapine* (*rapina*) [13] consiste dans l'enlèvement avec violence de la chose meuble d'autrui, dans le but d'en tirer profit [14]. Elle ne peut s'exercer que sur la chose d'autrui et suppose de la part du ravisseur la connaissance que la chose appartenait à autrui [15]. Ainsi, point de délit de rapine, lorsque nous enlevons de vive force à quelqu'un une chose qui nous appartient ou que nous croyons nous appartenir ; nous commettons seulement une *voie de fait* (*crimen vis*) [16]. Les conséquences et les peines de la rapine et des voies de fait sont très-différentes.

§ 488. 2. *Des obligations qui naissent de la rapine.*

La rapine impose au ravisseur l'obligation de restituer la chose et de répondre de tout dommage, même du cas fortuit [17]. Outre la restitution, le droit romain donnait encore une action à celui qui avait souffert de la rapine et à quiconque avait intérêt que la chose ne fût pas ravie [18] : le ravisseur pouvait, en effet, être poursuivi comme voleur non manifeste, soit par l'action *furti* et être condamné au double, soit par l'action *vi bonorum raptorum* et être condamné au quadruple, qui se composait du triple ou de la peine, et du simple restant, représentant la chose ravie [19]. Après l'espace d'un an, l'action ne pouvait plus être intentée que pour le simple [20], et l'héritier du ravis-

---

[1] Fr. 5 ; fr. 7, § 2 ; fr. 9 ; fr. 10, § 1, D. XIII, 1.— § 4, 11, 12, 14, 19, J. IV, 1. — fr. 6, D. XIII, 1.

[2] Dig. XIII, 1. — Code, IV, 8. — Glück, *Comm.* 13e part. § 837. — A. O. Krug, *Selecta de condictione furtiva capita.* Lips. 1831. La condiction furtive n'appartient qu'au propriétaire de la chose. fr. 1, 11, D. XIII, 1. — fr. 14. § 16 in fine, D. XLVII, 2. — fr. 12, § 5, D. VII, 1. Le créancier gagiste, auquel on l'accorde ordinairement, n'a qu'une *condictio incerti* et l'action *furti. V.* fr. 12, § 2, D. XIII, 1, et les passages cités à la note suivante.

[3] § 13-17, J. IV, 1. — fr. 10-12 ; fr. 14, § 10, 16 ; fr. 46, § 1, 4 ; fr. 71 ; fr. 85, D. XLVII, 2. — Cpr. Hasse, *De la faute*, § 81-91.

[4] § 5, J. IV, 1. — § 18, J. IV, 6. — fr. 50, pr. D. XLVII, 2.

[5] § 4 in fine ; § 11, J. IV, 1. — fr. 6 D XIII, 1. — fr. 34 ; fr. 50. § 3 ; fr. 52 ; fr. 54. § 4, D. XLVII, 2.

[6] Fr. 3, § 2, D. XXV, 2.

[7] Fr. 3. § 2, D. Ibid.

[8] Dig. XXV, 2. — Code, V, 21. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 29. — Glück, *Comm.* part. 27, § 1284.

[9] Fr. 6, § 3 ; fr. 17, pr. D. ibid.

[10] Fr. 21, pr. D. ibid.

[11] Fr. 1 ; fr. 3, § 3 ; fr. 17, § 2 ; fr. 21, § ult. D. ibid. — Const 2, C. V, 21.

[12] Fr. 1 : « quæ uxor *fuit.* » — fr. 30, D. ibid. — La const. 22, § 4, C. VI, 2, renferme une exception.

[13] Gajus, III, 209. — Inst. IV, 2. — Dig. XLVII, 8. — Code, IX, 33. Cpr. Dig. XXIII, 16. — Code, VIII, 4 et 5. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 30.

[14] Fr. 3, § 5, D. XLVII, 9. Les choses immeubles ne peuvent faire l'objet de la rapine. Const. 1, C. IX, 33

[15] § 1, J. IV, 2.—fr. 2. § 18, D. XLVII, 8.

[16] Fr. 2, § 18 cit. La voie de fait (*crimen vis*) peut d'ailleurs se commettre sur une chose meuble aussi bien que sur une chose immeuble, par une *invasio* (§ 489).

[17] Fr. 8, § 1. D. XIII, 1.

[18] § 2, J. IV, 2.

[19] Inst. IV, 2. — Dig. XLVII, 8. — Code, IX, 33. —A. W. Cramer, *Ad Cic. Orat. pro Tullio*, c. 4, p. 66.

[20] Pr. J. ibid. — Cpr. fr. 1, pr. D. XLVII, 8.

seur ne pouvait jamais être poursuivi que par la condiction furtive [1].

§ 489. 3. *Des peines des voies de fait.*

Le fait de se rendre justice à soi-même [2], lorsqu'il n'a pas pour but de se défendre contre les attaques violentes et injustes des autres, est non-seulement défendu, mais également punissable (§ 268). Le droit romain contient, sur cette matière, les dispositions suivantes :

1. Le créancier qui, de sa propre autorité, se satisfait de sa créance sans le secours du juge, n'eût-il pas exercé de violence personnelle envers le débiteur, est non-seulement obligé à la restitution, mais il perd également sa créance, à titre de peine [3].

2. Celui qui enlève de vive force au possesseur une chose meuble ou immeuble dont il se prétend propriétaire, l'est réellement ou ne l'est pas. Dans le premier cas, il perd à titre de peine sa propriété qui passe au possesseur actuel; dans le second cas, il doit non-seulement restituer la chose, mais encore payer, comme peine, le prix de la chose, sans distinguer s'il a agi de bonne ou de mauvaise foi [4]. La même peine est applicable au preneur de la chose d'autrui, et à celui qui la possède à titre précaire, en refusant, sans motif, à la fin du contrat ou après réclamation, de la restituer et en persistant dans ce refus jusqu'à la sentence définitive [5].

§ 490. C. *Du dommage fait injustement.*

1. *Notion.*

Les Romains qualifient de *damnum injuria datum*, en général tout dommage qu'un homme libre [6] fait éprouver au patrimoine d'autrui, par un fait illicite (*culpa, injuria*), peu importe d'ailleurs que ces personnes se trouvent ou ne se trouvent pas entre elles dans un rapport d'obligation [7]. Néanmoins, lorsqu'il existe un contrat entre elles, celle qui cause le dommage n'est responsable qu'autant qu'elle doit le prester par le contrat (*ex contractu*); hors du contrat (*extra contractum*), elle répond sans restriction de tout fait préjudiciable, quelque minime que soit la faute [8]. Mais un dommage occasionné par une omission illicite ou par inaction, ne tombe pas sous la notion du *damnum injuria datum* [9]; car l'omission ne pouvant être illicite que lorsqu'on est lié par une convention, ne peut aussi donner lieu qu'à l'action résultant de la convention. Cette règle ne subit d'exception que lorsqu'une omission a été la cause que le dommage est résulté d'un fait antérieur [10].

§ 491. 2. *De la loi Aquilia.*

La loi Aquilia (*Lex Aquilia*) avait surtout trait au dommage fait à tort (*damnum injuria datum*) [11], et permettait de faire condamner celui qui s'était rendu coupable du fait, à la réparation du dommage et à une peine privée [12]; dans quelques cas (*ex primo capite Legis Aquiliæ*), celui qui avait tué injustement l'esclave ou un quadrupède d'autrui (*quadrupes pecus*), devait donner le prix le plus élevé que l'esclave ou l'animal avait atteint pendant la dernière année, à partir de l'époque du dommage [13]; dans tous les autres cas (*ex tertio capite*), il était tenu de restituer le plus haut prix que la chose avait atteint

[1] Fr. 2, § 27, D. ibid.

[2] Doneau, *Comm.* XVII, 2. — Galvanus, *De usufructu*, c. 40. — Bœhmer, *Exercit. ad Pand.* t. II, exerc. 23. — C. J. Walch. *De vindicta privata*; dans ses *Opusc.* t. I, p. 396.

[3] Fr. 12, § 2; fr. 13, D. IV, 2. — fr. 7. D. XLVIII, 7.

[4] Const. 3, C. Th. IV, 22. — Const. 7, C. VIII, 4. — § 1, J. IV, 2. — § 6, J. IV, 15. — Savigny, *Vom Besitz*, § 40. — O. A. Fritz, *Resp. ad quæstionem, quam actionem const. 7, C. VIII, 4. ei, qui possessione vi privatus est, ad eam recuperandam concedat.* Friburg. Brisg. 1828.

[5] Const. 10, ibid. — Const. 34, C. IV, 65. — La voie de fait que l'on emploie pour son droit donne encore lieu à diverses autres peines. *V.* Nov. 25, ch. 1. — Nov. 60, pr. ch. 1, 2. — Nov 134, ch. 7.

[6] Le dommage occasionné par un esclave, s'appelle *noxia* et celui fait par un animal, *pauperies*. § 1, J. IV, 8.— pr. J. IV, 9. — *V.* à cet égard, le § 522.

[7] Fr. 7, § 8; fr. 18, D. IX, 2. — fr. 7, § 1, D. XIII, 6. — J. op den Hoof, *De damno injuria dato.* Traj. ad Rhen. 1817.

[8] Fr. 44, pr. D. IX, 2. « *In Lege Aquilia et levissima culpa venit.* » Mais on suppose qu'il savait que la chose appartenait à autrui. fr 31, § 3, D. V, 3.

[9] C'est ce que le fr. 13. § 2, D. VII, 1, dit expressément.

[10] Fr. 8, pr.; fr. 27, § 9; fr. 44, § 1; fr. 45, D. IX, 2.

[11] Gajus, III, 210.—Inst. IV, 3. — Dig. IX, 2. — Code, III, 35. — Coll. Leg. Mosaic. XII, 7. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 26. — Jo. Suarez de Mendoza, *Comm. ad Leg. Aquiliam*; dans Meerman, *Thes.* t. II, p. 1.—Ger. Noodt, *Ad Leg. Aquiliam liber sing* Dans ses *Op.* t. I, p. 173.—J. E. W. Romer, *De Lege Aquilia.* Traj. ad Rh. 1806. — Car. Vollgraff, *Diss. de Lege Aquilia.* Marb. 1820 — T. Cannegieter, *De Lege Aquilia.* Grœning. 1821. — Glück, *Comm.* 10e part. § 698-703.

[12] Les pertes essuyées étaient également comptées. § 10, J. IV, 3. — fr. 21. § 2; fr. 22; fr. 23, pr.; fr. 37, § 1, D. IX, 2.

[13] Pr. § 1, J. IV, 3.—fr. 2, D. IX, 2. Nous ne connaissons que depuis la découverte de Gajus, le contenu

pendant les trente derniers jours [1]. La dénégation opposée par le défendeur entraînait pour lui l'obligation de restituer le double (*lis infitiando crescit in duplum*) [2].

§ 492. 3. *De l'action de la loi Aquilia.*

L'action de la loi Aquilia était dans le principe très-restreinte. En effet, elle ne pouvait être intentée, comme action directe, que lorsque le dommage était occasionné *corpore corpori* et, dans ce cas même, le propriétaire seul de la chose détruite ou endommagée pouvait intenter une action directement *ex lege Aquilia* en réparation du dommage et en condamnation de la peine [3]. Ces deux restrictions disparurent dans la suite. L'on accorda l'action, comme action utile, lorsque le dommage avait été fait *corpori*, mais non *corpore*, et l'on donna même, dans le cas où il n'y avait eu dommage *nec corpore nec corpori*, une action générale en dédommagement (*actio in factum*) [4]. Ensuite, elle ne resta pas restreinte au propriétaire de la chose endommagée, elle fut au contraire accordée utilement à quiconque avait intérêt, à cause d'un droit réel, que la chose ne fût point endommagée [5]. L'action de la loi Aquilia est surtout importante et indispensable pour le cas où quelqu'un a, par un fait illicite, endommagé la chose d'autrui relativement à laquelle il n'a pas contracté avec lui ; car, dans les cas où il s'agit de la réparation du dommage causé entre personnes qui ont contracté, on peut déjà intenter l'action même résultant du contrat. Cependant, s'il existe un contrat et si les faits qui doivent être prestés *ex contractu* portent préjudice, et sont par conséquent contraires au rapport que le contrat a produit, l'action de la loi Aquilia peut être intentée concurremment avec l'action résultant du contrat, c'est-à-dire que le lésé a le droit de choisir entre les deux actions [6]. Mais si le dommage provient d'une omission illicite, l'action du contrat peut seule être intentée.

§ 493. D. *De l'injure.*

1. *Notion.*

Injuria, pris dans le sens large, signifie, en droit romain, tout ce qu'on fait contre le droit, *quod non jure fit* [7]. Dans un sens plus restreint, et particulièrement par rapport à l'honneur de l'homme, on entend par là l'outrage et l'affront qui affectent directement une personne, et blessent soit sa dignité, soit sa réputation (*animo injuriandi*) [8].

§ 494. 2. *Des espèces de l'injure.*

L'honneur de l'homme peut être blessé par des paroles, soit verbales, soit écrites, aussi bien que par des actions. Dans le premier cas, l'offense est une *injure verbale*, dans le second, une *injure réelle* [9], et l'une et l'autre peuvent être, d'après leur étendue, une injure légère (*injuria levis*) ou une injure grave (*injuria atrox*) ; on doit toujours prendre en considération le lieu, le temps et la personne [10].

§ 495. 3. *Des effets de l'injure.*

L'injure a pour effets de donner à l'offensé, d'après le droit prétorien, le droit de taxer en argent l'outrage souffert, et de poursuivre, en réparation du dommage, le paiement de la somme que le juge peut, en cas de besoin, modérer au moyen de l'action *injuriarum*

---

du second chapitre de la Loi Aquilia. Gajus III. 215, 216 Il établissait une action contre l'adstipulateur qui, pour frauder le stipulant, aurait fait remise de la dette au promettant, en le libérant par acceptilation (*qui pecuniam in fraudem creditoris acceptam fecerit*) ; cette action n'était plus d'usage du temps d'Ulpien (fr. 27, § 4, D. IX, 2) ; en tout cas, si ce passage est une interpolation, cette action n'était plus en usage du temps de Justinien (§ 12, J. IV, 3). *V.* Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 407, 443 — A. M. van der Kemp, *Diss. de capite secundo Legis Aquiliæ s. ad locum Gaji de adstipulatoribus*. Lugd.-Bat. 1820.

[1] § 13-15, J. ibid. — fr. 27, § 5; fr. 29, § 8, D. ib.

[2] Fr. 2, § 1 ; fr. 23, § 10 D ib. — Gajus III. 216.

[3] § 16, J. IV, 3. — fr. 2. pr.; fr 27, § 5, D. IX, 2. — fr. 11, § 6, 9, ibid — Hasse, *Von der Culpa*, p. 10-95.

[4] § 16, J. cit. — fr. 33, § 1, D. ibid. — Cf. fr. 11, D. XIX, 5.

[5] Fr. 11, § 10; fr. 17. pr. D. IX, 2. — Cpr. aussi fr. 12 ; fr. 30, § 1, ibid. — fr. 17, § 3, D. VII, 1. — Celui qui n'a qu'un droit personnel sur la chose ne peut se prévaloir de l'action de la Loi Aquilia. fr. 11, § 9, D. IX, 2 ; mais le propriétaire de la chose peut lui céder son action, si son droit tend à acquérir la propriété de la chose. fr. 13, § 12, D. XIX, 1. — Glück, *Comm.* 10e part. p. 374.

[6] Fr. 7, § 8; fr. 18, D. IX, 2. — fr. 7, § 1, D. XIII, 6. — fr 34, § ult. D. XLIV. 7.

[7] Pr. J. IV, 4. — § 2. J. IV, 3. — fr. 3; fr. 5, § 1, D. IX, 2. — fr. 1, pr. D. XLVII. 10.

[8] Gajus, III, 220. — Paul. V, 4. — Coll. leg. Mos. II. — Inst. IV, 4. — Dig. XLVII. 10. — Cod. IX, 35. — Doneau. *Comm. jur. civ.* XV, 24. — Idzert Eckma, *Diss. de injuriis, præcipue de illarum pœnis*. Grœning. 1809.

[9] § 1, J. IV, 4. — fr. 1, § 1, D. XLVII, 10.

[10] § 9, J. ibid. — fr. 7, § 7, 8, D. ibid.

æstimatoria; néanmoins, cette action se prescrit par le délai d'une année [1]. Dans le cas de l'injure réelle, une loi Cornelia permet d'actionner le délinquant par l'action *injuriarum*, en paiement d'une somme d'argent à déterminer par le juge, comme peine privée; cette action, considérée comme action civile, ne se prescrit que par 30 ans [2].

CHAPITRE III.

DES OBLIGATIONS QUI DÉRIVENT DE CAUSES DIVERSES.

§ 496. *Coup d'œil général.*

Les obligations qui dérivent de causes diverses (*obligationes ex variis causarum figuris*) sont les suivantes :

1. Elles peuvent naître comme d'un contrat (*quasi ex contractu*).
2. Comme d'un délit (*quasi ex delicto*).
3. Enfin, il existe beaucoup d'autres obligations qui n'ont d'autre motif général que l'équité naturelle reconnue par les lois.

TITRE PREMIER.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN CONTRAT.

§ 497. *Notion de ces obligations.*

Il arrive souvent que des personnes qui n'ont point contracté ensemble soient néanmoins regardées par la loi, lorsque certains faits existent, comme si elles avaient réellement contracté (*quasi contraxerint*). Aussi, le lien de droit qui naît entre ces deux personnes et qui ressemble toujours à une obligation contractuelle, s'appelle-t-il *obligatio, quæ quasi ex contractu oritur* [3]. Cette espèce d'obligation peut naître : de la gestion d'affaires d'autrui sans mandat (*negotiorum gestio*); de la gestion de biens communs, lorsque la communauté a eu lieu fortuitement (*communio incidens*); du paiement indû (*solutio indubiti*); de la tutelle et la curatelle, et de l'acceptation d'une succession [4].

§ 498. A. *De la gestion d'affaires* [5].

1. *Notion.*

La *gestion d'affaires* (*negotiorum gestio*) consiste dans les soins que l'on donne aux affaires d'autrui sans que l'on en soit chargé par celui qu'elles concernent [6]. Cette gestion fait naître entre celui qui s'immisce dans les affaires d'un autre (*negotiorum gestor*) et ce dernier (*dominus negotiorum s. rei gestæ*), une obligation semblable à celle qui existe entre le mandataire et le mandant, et régie en général par les mêmes principes.

§ 499. 2. *Des conditions de la gestion d'affaires.*

La gestion d'affaires suppose toujours une affaire *d'autrui* [7]. Mais pour que l'obligation

---

[1] § 7, J. IV, 4 — Aulu-Gelle, XX, 1.

[2] § 8, J. ibid. comparé avec le fr. 37, § 1, D. XLVII, 10.

[3] Inst. III, 27 (28). — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 14-25. — F. C. Hübner, *Diss. de natura obligationum quæ quasi ex contractu et quæ quasi ex delicto nascuntur*. Lips. 1802. — C. Heilbronn, *De natura obligationis, quæ quasi ex contractu nascitur*. Traj. ad Rhen. 1827.

[4] Tigerstrœm, *Ræm. Dotalrecht*, ou *Du droit dotal romain*, t. 1, p. 198, compte encore la *constitution de dot* : nous en parlerons plus loin; nous traiterons aussi de la tutelle, et de l'acceptation d'une succession; il ne nous reste donc à expliquer ici que les trois premières espèces d'obligations qui naissent comme d'un contrat.

[5] Paul, 1, 4. — § 1, J. III, 27 (28). — Dig. III, 5. — Cod. II, 19. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 15-17. — C. F. W. Schmidt, *Diss. sistens leges quasdam potiores tituli Digestor. de negot. gestis*. Tübing. 1787. — Glück, *Comm.* 5e part. § 415-426. — M. van de Haute Nanteuil, *Diss. de negotiis gestis*. Lovan. 1828.

[6] C. Th. Welcker, *Diss. exhibens interpretationem L. 9. D. de negotiis gestis, juncta L. 60, D. de reg. juris*. Giessæ, 1815. — Cpr. aussi la const. 3, C. III, 32.

[7] Fr. 6, § 4, D. III, 5. — Cpr. fr. 6, pr. § 9; fr. 45 § 2, D. ibid.

entre le gérant et celui dont il a géré l'affaire soit produite, il faut en outre :

1. Que le gérant ait eu l'intention d'agir dans l'intérêt de celui dont il a géré l'affaire, et nullement dans le sien propre [1].

2. Qu'il ait agi dans l'intention d'obliger celui dont il a géré l'affaire [2].

3. Que la gestion ait été utile ; mais il importe peu que par la suite l'avantage acquis ait été perdu, sans sa faute [3].

4. Enfin, que celui dont on gère l'affaire n'ait pas expressément défendu la gestion de ses affaires, soit par écrit, soit en présence de témoins [4].

Lorsque ces conditions existent, la gestion oblige celui dont on a géré les affaires, lors même que personnellement il serait incapable de s'obliger [5].

§ 500. 3. *Des effets de la gestion d'affaires.*

Les obligations du gérant sont les suivantes :

1. Il est tenu de mener à sa fin l'affaire qu'il a entreprise sans mandat, même dans le cas où celui dont il a géré l'affaire viendrait à mourir pendant ce temps, sous peine de réparer le dommage et de perdre ses droits d'indemnité [6].

2. Il est tenu de toute faute et de la diligence [7], et par là il est obligé à payer les intérêts des sommes comprises dans la gestion et qu'il aurait pu percevoir [8].

3. Il doit rendre compte de sa gestion et remettre à celui dont il a géré l'affaire tout ce dont sa recette excède sa dépense et tout ce qu'il a acquis pour lui [9].

4. Celui dont l'affaire a été gérée a l'action directe *negotiorum gestorum* pour forcer le gérant à exécuter ses obligations [10].

De son côté, celui dont on a géré l'affaire est obligé :

1. A restituer au gérant tous les frais et dépenses qu'il a faits pour la gestion, avec les intérêts calculés depuis le temps de l'emploi [11].

2. Il doit le libérer des obligations contractées à l'occasion de la gestion [12].

3. L'action qui compète au gérant contre celui dont il a géré l'affaire s'appelle *negotiorum gestorum contraria* [13].

§ 501. 4. *De l'action funéraire* [14].

Les soins que l'on donne aux funérailles d'un défunt, sans que celui auquel incombait cette obligation en ait donné mandat, sont une espèce particulière de gestion d'affaires. Celui qui s'est chargé de cette gestion peut, au moyen de l'action *funeraria*, répéter de celui qui se trouvait dans l'obligation de faire enterrer le défunt, les impenses qu'il a faites de ce chef [15]; mais il faut que son intention n'ait pas été de lui en faire donation [16] et que l'enterrement ait eu lieu en proportion des moyens du défunt, ni trop pompeusement, ni trop chétivement [17]. La loi protége cette action d'un privilége tout particulier; en effet, lorsque les créanciers concourent dans les biens du défunt,

---

[1] Fr. 6, § 3, D. ibid.

[2] Fr. 27, § 1; fr. 44, D. ibid. — Const. 11, C. II, 19.

[3] Fr. 10, § 1 ; fr. 22, 27, pr. D ibid. Néanmoins le pupille fait exception ; il n'est obligé envers celui qui a géré ses affaires qu'autant qu'il est devenu plus riche. — fr. 6, pr ; fr. 37, pr. D. ibid.

[4] Fr. 8, § 3. ibid. — fr. 40, D. XVII, 1. — Const. 24. C. II, 19.

[5] Fr. 3, § 5 ; fr. 6. pr. D. III. 5.

[6] Fr. 17, § 3, D. XIII, 6. — fr. 21, § 2, D. III, 5. — Const. 20, C. II, 19.

[7] § 1, J. III, 27 (28). — fr. 23, D. L, 17. — fr. 32, pr. D. III, 5. — fr. 25, § 16. D. X, 2. — Const. 20. C. II, 19. — C. G. Einert, *Disp. de negotiorum gestoris ad culpam levissimam prœstandam obligatione*. Lips. 1767. — J. Duivensz. *Explicatio L.* 31, *D. de negot. gestis*. Lugd.-Bat. 1800. — J. M. H. De Vries, *Explicatio L.* 20, *C. de neg. gest.* Lugd.-Bat. 1813. — Lœhr, *Theorie der Culpa*, p. 126. — Hasse, *Von der Culpa*, p. 320. — Il est néanmoins des cas où il ne doit prester que le dol et la faute lourde, par exemple, lorsqu'il se charge de l'affaire d'autrui qui, sans cela, eût été irrévocablement perdue. fr. 3, § 9, D. III, 5; il est d'autres cas où il est tenu du cas fortuit, par exemple, lorsqu'il entreprend une affaire insolite, exposée à du danger, fr. 11, ibid., ou lorsqu'il se charge des affaires d'un autre malgré la défense expresse de celui-ci. fr. 8, § 3, ibid. — Const. 24, C. II, 19.

[8] Fr. 19, § 4, ibid. — Cpr. fr. 37, § 1, ibid. — Const. 24, C. IV, 32. S'il a employé à son propre usage des sommes qui appartenaient au maître, il doit payer un intérêt de 12 % — fr. 38, § 1, ibid. S'il a prêté des fonds sans garantie, il répond du capital et des intérêts ordinaires. fr. 37, § 1, ibid.

[9] § 1, J. III, 27 (28). — fr. 2, D. ibid.

[10] § 1, J. cit.

[11] Fr. 45, D. ibid. — Cpr. fr. 2; fr. 19, § 4; fr. 37, D. ibid. — Const. 18, C. II, 19.

[12] Fr. 2, D ibid.

[13] § 1, J. cit.

[14] Dig. XI, 7. — Glück, *Comm.* 11e partis, § 766.

[15] Fr 12, § 2, D. XI, 7. — Cpr. fr. 14, § 6, 12, 13, D. ibid. Quant à l'obligation de supporter les frais de l'enterrement, *v.* fr. 12, § 4 ; fr. 16-23; fr. 28; fr. 31, pr. ibid.

[16] Fr. 14, § 7, ibid. — fr. 27, § 1; fr. 44, D. III, 5. — Const. 11, C. II. 19.

[17] Fr. 12, § 5; fr. 14, § 5, 6, 10, D. XI, 7.

les frais funéraires doivent être acquittés avant toute autre dette [1]; et, différant sur ce point avec l'action contraire de gestion d'affaires, elle a lieu lors même que celui qui était dans l'obligation de veiller à l'enterrement du défunt, l'a interdit au gérant [2].

§ 502. B. *De la communauté* (*communio incidens*).

1. *Généralités.*

Lorsque entre plusieurs personnes le hasard fait naître une communauté de certaines choses, sans qu'aucune convention ait précédé (*communio incidens*), il se forme entre elles, quant à ces choses, un lien de droit semblable à celui qui existe entre plusieurs associés [3]. C'est ce qui arrive lorsque plusieurs co-héritiers concourent à la même hérédité, et lorsque des choses individuelles deviennent communes entre plusieurs co-propriétaires, lorsqu'il se forme une communauté occasionnée par la confusion des limites de terres et de fonds contigus, appartenant à des propriétaires différents.

§ 503. 2. *De la communauté en matière de succession et de choses individuelles* [4].

Lorsqu'une succession ou un objet particulier fait l'objet de la communauté, chaque co-héritier ou co-propriétaire a le droit d'intenter contre l'autre une action en partage [5]; le co-héritier ou le co-propriétaire qui jusque-là a administré la succession ou la chose commune, est tenu de rendre compte de sa gestion et de partager proportionnellement avec les autres, tout ce qu'il a acquis [6]. Il est tenu de donner à la gestion les mêmes soins qu'il emploie ordinairement à ses propres affaires [7]. Chacun des autres intéressés est obligé de son côté, en proportion de sa part et portion, à rembourser les frais et dépenses que l'autre a faits pour la gestion de la succession ou de la chose commune [8]: cette action, qui ne dérive point de la volonté des obligés, mais de la *versio in rem* (*actio ex re venit*), est également accordée contre les co-partageants qui ne peuvent s'obliger par leur consentement, par exemple, contre les pupilles et les fous [9].

§ 504. 3. *De la confusion des limites* [10].

Les mêmes principes s'appliquent en général à la confusion fortuite des limites. Chacun des intéressés peut en effet forcer l'autre à procéder à la délimitation; chacun est tenu de rendre compte à l'autre de l'usage qu'il a fait et des fruits qu'il a perçus, en tant qu'il est obligé à les restituer, et de réparer tout le dommage causé par sa faute; d'un autre côté, il a le droit de compter en déduction ou d'exiger le remboursement des impenses faites à l'avantage de l'autre [11].

§ 505. 4. *Des actions divisoires.*

Les actions divisoires (*judicia divisoria*) qui compètent aux parties intéressées dans le cas d'une communauté formée sans qu'il y ait eu société, ont pour but de demander et la division de l'objet commun, et l'exécution des obligations nées de la communauté. Sous le premier rapport, elles supposent un droit réel sur la chose; sous le second, elles sont des actions purement personnelles et ne peuvent être dirigées que contre celui auquel le demandeur reconnaît sur la chose un droit égal au sien. C'est de là qu'elles prennent aussi le nom d'*actiones mixtæ* [12]. Considérées sous un autre point de vue, elles se nomment aussi *judicia duplicia* (§ 202), parce que chacun des ayants droit peut être demandeur aussi bien

[1] Fr. 13, § 1; fr. 45, D. ibid. — Const. 22, § 9, C. VI, 40. — Paul, *Sent. rec.* 1. 21, § 15.

[2] Fr. 14, § 13-17, D. ibid.

[3] § 3, 4. J. III, 27 (28). — fr. 25, § 16, D. X, 2. — fr. 2, D. X, 3. — fr. 31, D. XVII, 2.

[4] § 3, 4, J. III, 27 (28). — Dig. X, 2 et 3. — Code, III. 36-38. — Glück, *Comm.* 11e partie, § 725-740.

[5] Le droit d'intenter les actions en partage d'une chose ou d'une succession commune, naît de la co-propriété ou du droit de co-héritier. Nous ne parlons ici que des obligations personnelles dérivant de la communauté.

[6] Fr. 19, D. X, 2. — Cpr. fr. 6, § 2, D. X, 3.

[7] Fr. 25, § 16, D. X, 2. — fr. 20, D. X, 3.

[8] Const. 18, § 1, C. III, 36. — fr. 18, § 3, D. X, 2. — fr. 4, § 3; fr. 14, § 1; fr. 29, pr. X, 3.

[9] Fr. 48, D. XLIV, 7.

[10] Dig. X, 1. — Code, III, 39. — Glück, *Comm.* 1re part. § 714. — C. H. Trotz, *De termino modo.* Traj. ad Rhen. 1730 et dans Oelrichs, *Thes. nov.* vol. II, n° 3. — C. Saxius, *Diss. ad Legem Maniliam finium regundorum.* Traj. ad Rhen. 1779 et Lips. 1782. — A. F. C. Reinhard, *Diss. de finibus regundis.* Erford. 1781. — Sur le fr. 13, D. X, 1, v. G. A. Rosen, *Fragmenti Gajani de jure confinium quod exstat in L. ult. D. fin. reg. interpretatio.* Lemgov. 1831.

[11] Fr. 4, § 1, 2. D. X. 1. — Const. 1, C. VII, 51.

[12] § 20, J. IV, 6. — fr. 1, D. X. 1. — fr. 22, § 4, D. X, 2. — fr. 1, D. X, 3. — Théophile, sur le § 20, J. I. V, 6. — *V.* cep. plus haut, le § 204, 3°.

que défendeur [1]. Aux actions divisoires appartiennent :

1. L'action *familiæ erciscundæ*, par laquelle on demande le partage d'une succession commune et l'exécution des obligations indiquées au § 503.

2. L'action *de communi dividundo*, par laquelle on opère le partage d'un objet particulier et l'exécution des mêmes obligations.

3. L'action *finium regundorum*, par laquelle on poursuit la délimitation et le bornage entre deux terres contiguës, et des dommages-intérêts (§ 504) [2].

§ 506. C. *Du paiement indû.*

1. *Notion.*

Le paiement de ce qui n'était pas dû (*solutio indebiti*) donne également naissance à une obligation qui naît comme d'un contrat. En effet, celui qui, par erreur, a donné ou prelé à un autre une chose à laquelle il n'était pas obligé, peut la répéter comme s'il ne l'avait que prêtée [3]. L'expression *solutio indebiti* est prise ici dans un sens très-étendu, et comprend également les cas où quelqu'un a presté envers un autre un fait *indebite* [4], ou pris sur lui une dette sans y être obligé [5], ou renoncé à un droit, ou remis une dette [6], pensant qu'en droit il y était obligé.

§ 507. 2. *Des conditions de cette obligation.*

Les conditions requises pour donner lieu à cette obligation et à la *conditio indebiti* sont :

1. Que ce qui a été payé ou presté n'ait pas été dû [7]. Ainsi, celui qui était naturellement obligé, ne peut répéter s'il a payé [8] ; il en est de même de celui qui paie avant le terme ou avant l'événement de la condition, s'il était certain au temps du paiement que le jour arriverait ou que la condition se réaliserait [9]. Mais le paiement indû existe, lorsque nous payons ce qu'un autre doit, ou lorsque nous payons à quelqu'un qui n'est pas notre créancier [10].

2. Il faut que ce qui a été payé l'ait été par erreur de fait ; la preuve de cette erreur doit être fournie par celui qui soutient avoir indûment payé, à moins qu'il n'appartienne au nombre des personnes en faveur desquelles l'erreur milite [11]. Ainsi, celui qui a payé sciemment ou par erreur de droit, sans être obligé, ne peut répéter ce qu'il a payé [12]. Néanmoins, cette régle subit une exception, lorsque quelqu'un a payé par suite d'une obligation entièrement réprouvée (*plene reprobata* [13], ou lorsque le paiement a été fait par celui qui ne pouvait valablement payer, par exemple, par un pupille [14], ou lorsque les lois autorisent la répétition du paiement lors même qu'il n'y a aucune erreur, ou du moins seulement erreur de droit [15].

3. Il est encore requis que celui auquel on a fait le paiement l'ait reçu de bonne foi ; car, s'il savait qu'il ne lui revenait rien et s'il a cependant accepté, il est en général considéré comme voleur, et obligé comme tel [16].

---

[1] Fr. 10, D. X, 1. — fr. 2, § 3, D. X, 2. — fr. 2, § 1, D. X, 3. — fr. 13, D. V, 1. — Dans ce sens, elles se nomment également *actiones mixtæ* au lieu de *judicia duplicia*. Par exemple : fr. 37, § 1, D. XLIV. 7.

[2] Sur la prescription des actions divisoires : Bruno Castendyck, *De eo quod justum est circa præscriptionem in judiciis divisoriis*. Gœtt. 1792.

[3] Gajus. III. 91. — § 6, J. III, 27 (28). — § 1, J. III, 14 (15). — Dig. XII, 6. — Code. IV, 5. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 11-19. — Idem, *Comm. ad tit. Cod. de condictione indebiti*. — Glück. *Comm.* 13e part. § 827. — J. Rosshirt, *Diss. de legitimo condictionis indebiti fundamento*. Erlang. 1818. — F Ledure, *De condictione indebiti*. Leodii, 1821. — L. H. Dubus, *De condict. indeb* Lovan. 1825. — W. J. G. Sybkens, *De cond indeb*. Grœoing. 1825. — C. van Renynghe, *Spec. de condictione indebiti*. Gandavi, 1826. — G. F. Ackermans. *Diss. de eo, quod tanquam indebitum condici nequit*. Lugd.-Bat. 1810 et 1830.— Sell, *De condictionibus qu. duæ*. 1834.

[4] Fr. 26, § 12; fr. 40, § 2, D. XII, 6.

[5] Fr. 31, D. ibid. — Const. 3, C. IV, 5.

[6] Fr. 39; fr. 22, § 1, D ibid.

[7] Fr. 22, pr.; fr. 37, 40, D. XII, 6. — fr. 16, § 1, D. XVI, 1. — fr. 45, pr. D. L, 17. — Const. 18, C. IV, 32. — Const. 3, C. III, 43.

[8] Fr. 13; fr. 26. § 9; fr. 38. pr.; fr. 40, pr. D. XII, 6. — fr. 9, § 4, 5; fr. 10, D. XIV, 6. — fr. 7, § 4, D. II, 14. — fr. 5, § 2, D. XLVI, 3. — Sur ce passage difficile fr. 38, pr. frater a fratre, D. XII, 6, v. Glück, *Comm.* 13e part. p. 88.

[9] Fr. 10, 17, 18. D. ibid. Mais s'il est encore incertain que la condition arrivera, il y a lieu à répétition. fr. 16, pr. D. ibid.

[10] Fr. 65. § 9; fr. 19, § 1; fr. 22, pr. D. XII, 6. — Const. 8, C. IV, 5.

[11] Fr. 25, pr. § 1, D. XXII, 3.

[12] Fr. 1; § 1. XII, 6. — fr. 53, D. L. 17. — Const. 10, C. I, 18. — Cpr. fr. 2, pr.; fr. 26. § 2; fr. 65, § 2, D. XII, 6. — Const. 6, 7. 9, pr. C. IV, 5. — Const. 9, 10, C. VI, 50. — A. Frick, *Diss. de indebitum solvente per ignorantiam juris civilis ad indebiti condictionem admittendo*. Helmst. 1778.

[13] Fr. 23, § 2, D. XII, 6. — Const. 9, C. IV, 29. — Const. 3, C. III, 43.

[14] Fr. 29, D. XII, 6.

[15] Par exemple, const. 36, § 2, C. VIII, 54.

[16] Fr. 18, D. XIII. 1. — fr. 43, pr. § 1, D. XLVII, 2. — fr. 38, § 1, D. XLVI, 3.

§ 508. 3. *De la condiction* indebiti.

L'action que le paiement indû produit (*solutio indebiti*) et qui est dirigée en restitution de ce qui n'était pas dû, s'appelle *condictio indebiti*. Elle tend :

1. Dans le cas où l'on a indûment donné une chose, à redemander la chose elle-même ou sa valeur, ou autant qu'on a donné de choses fongibles, indépendamment des fruits et des accessions de la chose [1]; mais on ne peut exiger les intérêts pour le temps qui a précédé l'intentement de l'action [2], et en général celui qui a reçu la chose ne peut être tenu à restituer qu'autant qu'il est devenu plus riche à l'époque de la demande [3]. Il a également le droit de demander le remboursement des impenses faites pour la chose [4].

2. Lorsqu'on s'est indûment constitué caution ou lorsqu'on en a libéré une, l'action tend à la libération ou au rétablissement de la caution [5].

3. De même, lorsqu'on a indûment renoncé à un droit ou à une dette, on qu'on en a fait la remise, l'action a pour but de la faire rétablir [6].

4. Lorsqu'on s'est indûment obligé au paiement d'une dette, la condiction sert à la rendre nulle et à faire restituer le chirographe [7].

5. Enfin, lorsque des faits ont été prestés, on demande d'être dédommagé en argent [8].

TITRE II.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT COMME D'UN DÉLIT.

§ 509. *Notion de ces obligations.*

De même que les obligations qui se forment comme par un contrat ressemblent aux obligations qui naissent des contrats, de même les obligations qui viennent comme d'un délit ont de l'analogie avec celles qui dérivent des délits, en ce que, comme celles-ci, elles ont pour but la réparation du dommage causé et une peine privée. Elles ont toujours, il est vrai, des actes illicites pour base, mais ce ne sont point de vrais délits dans le sens qu'y attachaient les Romains, ou du moins, d'après les principes généraux, ils ne faisaient pas naître l'obligation qui doit en dériver d'après les dispositions des lois [9].

§ 510. I. *Des cas où l'on est tenu du fait illicite d'autrui.*

A. Effusum et dejectum.

Il existe quelques cas où l'on est responsable du dommage occasionné par le fait illicite d'autrui, quoiqu'on n'y ait pas pris part, tout en conservant néanmoins un recours contre le délinquant. Ces cas sont au nombre de deux.

Le premier est celui où l'on occasionne du dommage en versant ou répandant quelque chose par les fenêtres d'un appartement donnant sur la voie publique, et ce sans avertissement préalable; dans ce cas, on peut, sans aller à la recherche du délinquant, intenter à celui qui habite la chambre, locataire ou propriétaire, l'action *de effusis et dejectis* qui, chez les Romains, tendait en outre à faire condamner à la peine du double [10]. Lorsqu'il y a plusieurs habitants, ils sont tenus solidairement [11].

§ 511. B. Damnum in navi vel caupona datum.

Lorsque les effets d'un voyageur ont été détournés ou endommagés dans un navire ou dans une auberge, par les gens du capitaine ou de l'aubergiste, le propriétaire peut poursuivre, en réparation du dommage causé, le capitaine ou l'aubergiste, responsable des gens à son service; il peut même exiger la peine du double [12]. Mais plusieurs capitaines ou auber-

[1] Fr. 7; fr. 15, pr. D. XII, 6.
[2] Const. 1, C. IV, 5. — Fr. G. Zoller, *Diss. utrum per condictionem indebiti repeti possint usuræ*. Lips. 1708; cet auteur professe une opinion contraire.
[3] Fr. 3; fr. 32, pr. D. XII, 6.
[4] Fr. 65, § 5, D. ibid.
[5] Fr. 31, 39, D. ibid. — fr. 1, pr. D. XXXVI, 4.
[6] Fr. 22, § 1, D. XII, 6.
[7] Const. 3, C. IV, 5.
[8] Fr. 26, § 12; fr. 40, § 2, D. ibid.
[9] Inst. IV, 5, et Théophile, sur ce titre. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 42.
[10] § 1. 2, J. IV, 5. — fr. 1. pr. § 4; fr. 6, § 2, D. IX, 3. — Glück, *Comm.* 10e part. § 706,
[11] Fr. 1, § 10; fr. 2, 3, ibid. — Cpr. fr. 5, pr. ibid.
[12] § 3, J. IV, 5. — fr. 7, pr. § 1, D. IV, 9. — fr. 5,

giates qui gèrent la même affaire ensemble ne sont tenus que pour la part que chacun a dans le navire ou dans l'auberge [1].

§ 512. II. *Des cas où l'on est tenu de son propre fait, comme d'un délit.*

A. Judex qui litem suam facit.

Il est d'autres cas où l'on est responsable, il est vrai, de son propre fait illicite, mais cependant *quasi ex delicto* seulement, parce qu'aucune loi ne range ces faits au nombre des délits. Ces cas sont également au nombre de deux :

Le premier est celui où un juge rend à dessein ou par grossière imprévoyance un jugement injuste; il rend le procès sien (*litem suam facit*) et sur la plainte de la partie lésée, il peut, lorsque aucun moyen de droit n'est plus recevable, être condamné à la réparation du dommage et à une peine à arbitrer [2].

§ 513. B. Positum aut suspensum.

Le second cas est celui où, dans une rue fréquentée, l'on pose ou l'on suspend hors d'une maison un objet qui, par sa chute, peut occasionner du dommage; celui qui remarque cet objet dangereux peut intenter l'action *de positis et suspensis*, tendante à le faire enlever et à condamner celui qui l'a exposé ou souffert qu'on l'exposât, à une peine privée de dix *aurei;* cette action n'est pas donnée contre celui qui habite la chambre [3].

TITRE III.

DE DIVERSES AUTRES OBLIGATIONS.

§ 514. *Aperçu général.*

Outre les obligations qui naissent comme d'un contrat et comme d'un délit, la classe des *obligations qui dérivent de diverses autres causes* (*ex variis causarum figuris*) comprend encore différentes autres obligations, dont les suivantes sont les plus remarquables :

1. L'obligation générale de prester ce que d'autres, qui sont nos substitués ou sous notre puissance, ont conclu (§§ 515-517).

2. L'obligation de restituer *ob causam;* nous avons déjà vu ce qui concerne la *causa indebiti et datorum,* il ne nous reste donc qu'à examiner les cas *ob causam turpem* et *injustam* (§§ 518, 519), que l'on peut aussi appeler *sine causa.*

3. L'obligation qui tend à représenter un acte ou un objet (§ 520).

4. L'obligation de réparer le dommage souffert, et notamment : *a*) par le jet (*jactus*, § 521), et *b*) par des animaux (*noxa, pauperies*, § 522), ainsi que celle qui tend à donner des sûretés pour prévenir un dommage imminent (*damnum infectum*, § 523).

§ 515. I. A. *De l'action exercitoire* [4].

Celui qui équipe un navire (*exercitor navis*, *l'armateur*) pour faire le commerce et pour le mettre en navigation [5], devient obligé par les conventions que le capitaine (*magister navis*) et ses substitués font relativement aux affaires du navire [6]; le capitaine est celui auquel l'armateur a confié la conduite et le transport du bâtiment, et les substitués ne doivent pas avoir outre-passé les ordres reçus du capitaine (*lex præpositionis*). Celui qui s'oblige de cette manière peut être poursuivi par l'action exercitoire (*actio exercitoria*), comme s'il avait contracté lui-même [7]. Lorsqu'il y a plusieurs

---

§ 6, D. XLIV, 7. Cette action *quasi ex delicto nautarum caponum* qui était pénale, ne doit pas être confondue avec l'action *de recepto* dont on a parlé § 469.

[1] Fr. 7, § 3, D. IV, 9.

[2] Gajus, IV, 52. — pr. J. IV, 5. — fr. 6, D. L, 13. — fr. 5, § 4, D. XLIV, 7. — fr. 15. 16, D. V, 1. — Code, VII, 49. — Lœhr, *Théorie de la faute*, p. 195.

[3] § 1, J. IV, 5. — fr. 5, § 6, 9-13, D. IX, 3. — Glück, *Comm.* 10e part. § 699.

[4] Gajus, IV, 71. — § 2, J. IV, 7. — Dig. XIV. 1. — Code, IV, 25. — P. Peckius, *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes*, cum not. A. Vinnii. Amstelod. 1668, p. 69-187. — A. G. Frick, *Diss. de actione exercitoria.* Helmst. 1793. — W. J. C. van Hasselt, *Diss. de actione exercitoria.* Lugd.-Bat. 1820.

[5] Peu importe que le navire appartienne à l'armateur ou non. fr. 1. § 15, D. XIV, 1.

[6] Fr. 1, § 1, 5, D. ibid. Le capitaine peut se faire remplacer, même lorsque ce droit lui est défendu. fr. 1, § 5, cit. in fine.

[7] Fr. 1, § 7, 12, D. ibid. — § 2, J. IV. 7. — C. A. Michaëlis, *Diss. de lege præpositionis.* Lips. 1804. — J. P. Tannoy, *An et quousque exercitores navium ex magistrorum factis obligentur.* L.-B. 1802. — J. Van Hall, *Diss. de magistro navis.* Traj. ad Rhen. 1822.

armateurs, ils sont solidairement obligés, sous réserve de l'exception de division [1], mais leurs héritiers ne sont tenus que pour leur part et portion [2]. Tant que le capitaine occupe son emploi, il peut être actionné pour exécuter, avec les deniers de l'armateur, les obligations contractées pour lui [3]. Mais après la cessation de son emploi, aucune action ne peut plus être intentée contre lui, que dans le cas où, par un motif quelconque, il se serait personnellement obligé [4]. Réciproquement, l'armateur peut actionner un tiers relativement aux conventions conclues entre le capitaine et lui pour les affaires du navire [5].

§ 516. B. *De l'action institoire.*

Les mêmes principes s'appliquent au chef d'une maison de commerce (*dominus tabernæ s. negotiationis*) qui a mis à sa place un préposé (*institor*), auquel il a confié soit toute la direction du commerce, soit une partie seulement; il est obligé par les conventions de son facteur avec les tiers, et peut être poursuivi au moyen de l'action institoire (*actio institoria*) [6]. Mais cette règle ne s'applique qu'aux affaires qui ont été réellement confiées au préposé et l'on suppose toujours qu'il a agi *secundum legem præpositionis* [7]. Il ne lui est point permis de se faire remplacer, si cette faculté lui a été expressément interdite [8]. Le chef de maison peut, à son tour, poursuivre les tiers pour les conventions conclues avec son préposé [9].

§ 517. C. *De l'obligation que contracte le père de famille par son fils.*

La règle du droit romain est : le père acquiert par les conventions du fils qui se trouve sous sa puissance, mais le fils n'oblige pas le père [10]. Cette règle subit néanmoins, par des raisons particulières, quelques exceptions :

1. Lorsque le fils a contracté avec un tiers, d'après les ordres du père, celui-ci peut être poursuivi en paiement pour la totalité de la dette contractée par le fils, au moyen de l'action *quod jussu* [11].

2. Lorsque le père a donné un pécule à son fils, il est tenu des conventions faites par ce dernier, même à son insu, jusqu'à concurrence du pécule; il peut être poursuivi de ce chef par l'action *de peculio*, mais il a le droit de prélever d'abord ses propres créances [12].

3. Lorsque le père a autorisé le fils à faire le commerce avec les marchandises qui font partie du pécule profectice, il est également tenu par les conventions faites par le fils, et les créanciers peuvent intenter l'action tributoire (*actio tributoria*), et le forcer à partager proportionnellement avec eux les marchandises existantes, sans même qu'il ait le droit d'être payé avant eux par privilége [13].

4. Lorsque l'objet de la convention que le fils a faite avec un tiers, a tourné au profit du père (*in rem patris versum*), celui-ci est tenu au paiement des dettes que le fils a contractées par la convention; mais il ne devient obligé que jusqu'à concurrence de ce dont il a profité, et l'action que le créancier a contre lui est l'action *de in rem verso* [14]. En général, nous ne sommes obligés par le contrat d'un tiers, que lorsque celui-ci a contracté comme notre *negotiorum gestor* [15]; car l'avantage qui résulte d'une convention et qui tourne fortuitement à notre profit, ne suffit pas pour produire cette action [16]. Toutes les actions que nous avons mentionnées jusqu'ici (§§ 515-517) s'appellent aujourd'hui *actiones*

---

[1] Fr. 1, § 25, ibid.

[2] Fr. 14, D. XIV, 3.

[3] Fr. 1, § 17, D. XIV, 1.

[4] Fr. 67. D III, 3.—Arg. fr. 1, § ult. D. XV, 4.—fr. 15, 19, D. XLVI, 8.—fr. 6, § 1, 2; fr. 57, § 1, D. XII. 6.

[5] Fr. 1, § 18, D. XIV, 1. — fr. 1, 2, D. XIV, 3. — fr. 13, § 25, D. XIX, 1.

[6] Gajus, IV, 71. — Paul, II, 8. — § 2, J. IV, 7. — Dig. XIV, 3. — Code, IV, 25. — Glück, *Comm.* 14e part. § 891.

[7] Fr. 5, § 11-15, D. XIV, 3.

[8] Fr. 1, § 5, D. XIV, 1.

[9] Fr. 1, 2. D. XIV, 3. — fr. 13, § 25, D. XIX, 1.

[10] Pr. § 1, J. II, 9. — pr. J. III, 28 (29). — fr. 39, D. XLIV, 7. — fr. 5, pr. D. XIV, 5. — Code, IV. 26.

[11] Gajus, IV, 70. — pr. § 1, J. IV, 7. — Dig. XV, 4 et XIV, 5. — Const. 13, C. IV, 26. — Code Theod. II, 31. — Glück, *Comm.* 14e partie, § 919.

[12] Gajus, IV, 73. — Code Gregor. III, 6. — Code Theod. II, 32. — § 4, J. IV, 7. — § 36, J. IV, 6. — Dig. XV, 1. — Const. 1, 2, C. IV, 26. — Quant au fait de son fils qu'il n'a pas autorisé, il n'en est tenu qu'autant qu'il est devenu plus riche. fr. 58, D. L, 17. — fr. 3, § 12, D. XV, 1. — *V.* en général : Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 50. — Glück, *Comm.* 14e partie, § 912, 913. — F. L. Keller, *Comm. ad. L.* 32, *D. de peculio.* Gœtt. 1827.

[13] Gajus, IV, 72. — § 3, J. IV, 7. — Dig. XIV, 4. — fr. 11, § 7, D. XIV, 3, — fr. 5, § 15, 16, D. XIV, 4. — Glück, *Comm.* 14e partie, § 894.

[14] Gajus, IV, 73, 74. — § 4, J. IV, 7. — Dig. XV, 3. — Const. 3, C. IV, 26. — Paul, II, 9. — Glück, *Comm.* 14e partie, § 914.

[15] § 4, J. IV, 7. — Const. 7, § 1, C. IV, 26. — G. C. Seuffert, *Diss. de eo quod justum est circa de in rem verso actionem.* Wirceb. 1822.

[16] Fr. 49, D. XII, 6. — Const. 8, C. IV, 34. — Const. 15, C. IV, 2. — Const. 15, C. IV, 10.

adjectitiæ qualitatis; elles ne reçoivent de signification spéciale que du nom de l'action produite par la convention [1]; par exemple, *actio emti venditi institoria* [2].

§ 518. II. A. Condictio sine causa [3].

Lorsqu'une chose a été donnée à celui qui, dès le principe, n'avait aucun droit de la retenir, ou qui a perdu ce droit par la suite, elle peut être répétée, avec ses fruits, ses accessions et ses intérêts [4], par la *condictio sine causa*, à défaut d'autre action [5].

§ 519. B. Condictio ob turpem causam [6].

La chose donnée par un motif honteux pour celui qui l'a acceptée, ou dans un but honteux (*turpiter acceptum*), peut être répétée par le donateur, sans intérêts [7], au moyen de la *condictio ob injustam s. turpem causam* [8]. Si la turpitude ne frappe que le donateur, il ne peut redemander ce qu'il a donné (*turpiter datum*) [9]; il ne le peut non plus, lorsque la turpitude est réciproque (*turpiter datum et acceptum*) [10].

§ 520. III. Actio ad exhibendum.

Souvent on possède une chose ou un acte qu'un autre a intérêt d'examiner avant d'intenter une action, pour se convaincre, soit que la chose est celle qu'il a l'intention de revendiquer, soit que cet acte lui donne réellement le droit qu'il réclame; il peut dans ce cas, en constatant son intérêt, intenter l'action *ad exhibendum* et forcer le possesseur de la chose ou de l'acte de le lui communiquer pour être examiné [11]. Les frais de la communication sont à charge de celui qui la réclame [12]. L'action *ad exhibendum* s'applique encore au cas où deux choses appartenant à des propriétaires différents, sont unies l'une à l'autre, de telle sorte que leur séparation peut s'opérer sans les endommager; le possesseur des deux choses est tenu, sur la demande de l'autre partie, de procéder à la séparation, pour que chacun d'eux soit mis en possession de la sienne [13].

§ 521. IV. A. Lex Rhodia de jactu [14].

Lorsque, pour sauver un navire en mer du danger de couler à fond, on jetait par-dessus le bord une partie des marchandises qu'il portait, pour conserver les autres s'il était possible, ou lorsqu'à cette occasion des marchandises restées en arrière étaient détériorées, les propriétaires des marchandises jetées à la mer ou détériorées pouvaient exiger, d'après la *Lex Rhodia de jactu*, des propriétaires du navire et des marchandises sauvées, une restitution proportionnelle [15]. Voici quelques règles à cet égard :

1. Ceux qui sont tenus de contribuer à la réparation du dommage éprouvé, ne sont obligés que pour leur part et aucun ne doit répondre de l'autre [16].

2. En calculant la réparation du dommage proportionnel, il faut considérer, quant aux marchandises jetées en mer, le prix d'achat; quant aux choses sauvées, leur prix de vente probable [17].

3. Si le navire, malgré le jet, a néanmoins

---

[1] Fr. 5, § 1, D. XIV, 1.
[2] Fr. 5, § 12, D. XIV, 3.
[3] Dig. XII, 7. — Code, IV, 9. — Glück *Comm.* 13e partie, § 836.
[4] Arg. fr. 50, pr. D. XXIII, 3. — fr. 32, D. XII, 1.
[5] Les passages suivants en fournissent des exemples : fr. 29, D. XII, 6. — fr. 50, D. XXIII, 3. — fr. 5, § ult.; fr. 6; fr. 33, § 1; fr. 39; fr. 48, D. XXIV, 1. — Const. 4, C. IV, 9. — Const. ult. C. VIII, 43. — C. 2, 3, C. VIII, 55.
[6] Dig. XII, 5. — Cod. IV, 7. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 25. — Glück, *Comm.* 13e part. § 825.
[7] Const. 4, C. IV, 7.
[8] Fr. 1, 2; fr. 4, § 2, D. XII, 5.
[9] Fr. 4, § 3. ibid.
[10] Fr. 3, ibid.
[11] Dig. X, 4. — fr. 1, pr. D. XLIII, 5. — Dig. II, 13. — Code, III, 42. — II, 1. — VIII, 7. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XX, 9; XXIII, 6-8. — Glück, *Comm.* 11e partie, § 741. — C. Eicert, *Tract. de actione ad exhibendum*. Lips. 1816.
[12] Fr. 11, § 2, D. X, 14.
[13] Fr. 6, D. ibid.
[14] Paul, II, 7. — Dig. XIV, 2. — P. Pékins, *Comm. in tit. Dig. et Cod. ad rem nauticam pertinentes*, cum notis A. Vinnii, p. 188-297. — Glück, *Comm.* 14e partie, § 883. — C. D. Klügmann, *Diss. de lege Rhodia de jactu*. Gœtt. 1817. — P. Tromper, *De lege Rhodia de jactu*. Lovan. 1827. — C. F. T'Serstevens, *De lege Rhodia de jactu*. ibid. 1826. — E. Spanoghe, *Diss. de lege Rhodia de jactu*. Gandav. 1830.
[15] Fr. 1, D. XIV, 2. « Lege Rhodia cavetur, ut, si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est. » fr 4, § 2, ibid. — Le même principe s'applique au cas où le navire a été sauvé d'un autre danger, par le sacrifice d'une partie de sa charge; par exemple, lorsqu'il a été racheté des mains des corsaires. fr. 2, § 3; fr. 4, pr. ibid.
[16] Fr. 2, § 6, ibid.
[17] Fr. 2, § 4, ibid.

péri dans le même danger, la demande en réparation du dommage s'éteint, mais elle reste subsister si le navire sauvé de ce danger a postérieurement péri dans un nouveau malheur [1].

4. Néanmoins, en droit romain, celui qui avait éprouvé une perte par le jet, avait seulement le droit, lorsqu'il avait promis un fret, d'intenter une action *ex locato* contre le patron du navire; celui-ci devait prendre son recours contre le propriétaire des marchandises sauvées et lui intenter l'action *conducti* [2].

§ 222. B. Noxa et pauperies.

Noxia est le préjudice qu'un esclave d'autrui porte à quelqu'un; l'auteur du fait nuisible, l'esclave, s'appelle *noxa*; le maître est tenu de réparer le dommage causé, mais il peut se libérer en donnant l'esclave (*noxæ deditio*) [3].

Lorsqu'un animal a occasionné du dommage, il est de principe que le propriétaire de l'animal est tenu de réparer ce dommage [4]; néanmoins, il n'est tenu qu'autant qu'il peut se reprocher une faute, lorsque l'animal était sauvage [5]; et, lorsqu'il était domestique, que pour autant qu'il a nui sans être excité; encore faut-il que le fait soit autre que ceux auxquels cette espèce d'animaux se livre ordinairement (*contra naturam sui generis*); un dommage de cette espèce s'appelle *pauperies* et l'action dirigée de ce chef contre le propriétaire de l'animal, *actio de pauperie* [6]. L'action est directe, lorsque l'animal était un quadrupède; elle est utile, à l'égard de tout autre animal [7], et d'après la règle : *noxa sequitur caput*, elle est dirigée contre quiconque est propriétaire de l'animal au moment où l'action est intentée, et nullement au moment où l'animal a porté le préjudice [8]. Dans tous les cas, le propriétaire a le choix de réparer le dommage causé par l'animal, ou de l'abandonner à la personne lésée (*noxæ dare*) [9]. Néanmoins, il perd ce droit, lorsqu'il nie sciemment que l'animal lui appartienne; il doit, dans ce cas, réparer le dommage purement et simplement [10]. D'un autre côté, cette obligation s'éteint si l'animal meurt avant que l'action soit intentée [11].

§ 223. C. Damnum infectum [12].

Lorsque le propriétaire d'une chose ou celui qui la possède en vertu d'un droit réel [13], doit craindre un dommage par la chute du bâtiment voisin qui menace ruine, il a le droit d'exiger une caution pour le dommage à craindre (*cautio damni infecti*) [14] de la part du propriétaire du bâtiment, ou de celui qui le possède en vertu d'un droit réel [15], ou lorsque le propriétaire est incertain, de la part du possesseur [16]; lorsque la caution n'est pas fournie, il a le droit de demander la *missio ex primo decreto*, par laquelle il obtient la garde de la chose et un droit d'hypothèque ou de gage prétorien. Dans le cas où la caution n'est pas encore fournie, la *missio ex secundo decreto* a lieu après quelque temps, et le créancier obtient la propriété du bâtiment, si l'adversaire en était propriétaire; dans le cas contraire, il obtient la possession propre à l'usucapion [17].

---

[1] Fr. 4, § 1, ibid.

[2] Fr. 2, pr. D. ibid.

[3] Gajus, IV, 75-79. — Inst. IV, 8, — Dig. IX, 4. — Glück, *Comm.* 1re part. § 71 et suiv. — Zimmern, *System der röm. Noxalklagen*, ou *Système des actions noxales des Romains*. Heidelb. 1818, et son *Hist. du droit*, t. 1, § 191.

[4] Inst. IV, 9. — Dig. IX, 1.

[5] Fr. 1, § 10, D. IX, 1. — pr. J. IV, 9.

[6] Fr. 1, pr. § 2, 3, 12, 17, ibid. — Cpr. fr. 52, § 2, D. IX, 2.

[7] Fr. 4, D. IX, 1. Celui qui, sans en avoir le droit, a conduit son bétail sur le fonds d'autrui, peut être poursuivi par l'action *de pastu pecoris*; mais s'il l'a conduit sur son propre fonds, pour y manger les choses d'autrui qui pouvaient s'y trouver, on peut intenter contre lui une action *in factum*. fr. 14, § 3, D. XIX, 5.

[8] Fr. 1, § 12, D. IX, 1.

[9] Fr. 1, pr. § 14, D. IX, 1.

[10] Fr. 1, § 15, ibid.

[11] Fr. 1, § 13, ibid.

[12] Dig. XXXIX, 2. — Westphal, *De libertate et servitutibus prædiorum*, p. 156 seq. — C. A. Weiske, *De damno infecto ex soli vitio*; dans ses *Quæst. jur. civ.* p. 1.

[13] Fr. 11; fr. 13, § 9, ibid. On lit dans le premier de ces deux passages : *item*, au lieu de : *id est*; il faut entendre de même le second passage. E. P. a Reizenstein, *Diss. num bonæ fidei possessori deneganda sit damni infecti stipulatio*. Monachi, 1830.

[14] Sur le mode de donner caution, v. le fr. 30, § 1, ibid.

[15] Fr. 13, § 1; fr. 19, pr. ibid.

[16] Fr. 39, § 1, ibid.

[17] Fr. 7, pr.; fr. 13, § 16, 17; fr. 18, § 15, D. ibid. — fr. 3, § 23, D. XLI, 2.

SECTION III.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS DE PLEIN DROIT.

§ 324.

Le droit romain faisait une distinction essentielle entre les obligations qui s'éteignent de plein droit, et celles qui ne s'éteignent que par voie d'exception : *obligatio tollitur aut* ipso jure, *aut* per exceptionem.

L'obligation s'éteignait de plein droit (*ipso jure*), lorsque la cause extinctive détruisait l'obligation, et qu'en droit civil aucune action ne pouvait plus être donnée ; parmi ces causes on range le *paiement* (*solutio*), la *novation* (*novatio*) et l'*acceptilation* (*acceptilatio*).

L'obligation s'éteignait par voie d'exception (*per exceptionem*), lorsqu'elle continuait d'exister en droit civil, mais que le prétenr donnait au débiteur une exception perpétuelle pour opposer à l'action. Ainsi, par exemple, lorsqu'une dette avait été remise par acceptilation, l'obligation était éteinte de plein droit et aucune action ne pouvait plus être intentée en droit civil ; lorsqu'au contraire on n'était libéré de la dette que par un pacte *de non petendo*, ou lorsque le débiteur avait, à la demande du créancier, prêté le serment qu'il ne devait rien, la dette n'était point éteinte de plein droit ; l'action pouvait toujours être intentée en droit civil, mais elle était rendue sans effet par l'exception *pacti conventi* ou *juris jurandi præstiti*.

Le mot *solutio*, dans son acception la plus étendue, exprime la rupture du lien qui constituait l'obligation, et, par suite, la libération des personnes dont l'engagement a cessé par un moyen quelconque ; la même expression, dans un sens moins étendu, indique la libération qu'on obtient par l'accomplissement même de l'obligation ; enfin, ce mot signifie, à proprement parler et dans son acception la plus restreinte, l'accomplissement de l'obligation qui consiste spécialement *ad dandam*.

La *solutio ipso jure* est *réelle* ou *fictive* : elle est réelle par la prestation effective de l'objet de l'obligation ou de *id, quod interest*, là où cette prestation est possible et doit se faire ; la *solutio* fictive ne peut avoir lieu que dans les obligations qui naissent de contrats, d'après le principe : *quo modo obligatio contrahitur, eodem solvitur* [1]. C'est par là que s'explique aussi la stipulation Aquilienne [2] ; en effet, la stipulation aquilienne opère novation de toute obligation que l'on transforme en obligation verbale, pour l'éteindre ensuite par acceptilation [3]. Le *mutuus dissensus* a la même signification dans les contrats consensuels ; il éteint l'obligation, tout comme si elle était réellement exécutée [4].

§ 325. I. *Du paiement.*

A. *Par rapport aux personnes.*

Le paiement (*solutio*) [5], dans le sens restreint, s'opère en donnant ou en livrant au créancier qui l'accepte, ce qui forme l'objet de l'obligation (*præstatio ejus, quod est in obligatione*). Par rapport à la personne, tout paiement, pour être valable, doit être fait par une personne qui a le droit d'aliéner [6]. Sous cette condition, le paié-

[1] Fr. 35, D. L, 17. — fr. 153, D. ibid. — fr. 30, D. XLVI, 3.

[2] Sur la stipulation aquilienne, v. § 2, J. III, 29 (30). — fr. 18, D. XLVI, 4. — Gajus, III, 170. — Haubold, *Fragm. Græcum de obligationum causis et solutionibus etc. ab Angelo Maio nuper in lucem protractum.* Lips. 1817 ; dans ses *Opusc.* II, p. 347. — Graser, *De stipulatione aquiliana.* Lugd.-Bat. 1823.

[3] Dig. XLVI, 4. — Code, VIII, 44. — § 1, J. III, 29 (30). « Quod tibi spondi, habesne acceptum. Acceptum tuli. » Gajus, III, 169.

[4] § 4, J. III, 29 (30). — Dig. XVIII, 5. — Code, IV, 45. — fr. 35, D. L, 17. — fr. 80, 107, D. XLVI, 3.

[5] Dig. XLVI, 3. — Code, VIII, 43. — pr. J. III, 29 (30). — Doneau, *Comm. jur. civ.* XVI, 9-12. — J. J. Dubois, *Diss. de solutione.* Lovan. 1826.

[6] § 2 in fine. J. II, 8. — fr. 14, § 8, D. XLVI, 3. — fr. 29, D. XII, 6.

ment fait par un tiers pour le débiteur, même à son insu et contre sa volonté, pourvu que le payant ait eu l'intention de libérer le débiteur, est valable, si le créancier l'accepte [1]. Le paiement doit ensuite être fait au véritable créancier ou à son mandataire [2]; mais il faut toujours que le créancier soit capable d'aliéner, car l'acceptation d'un paiement renferme en elle-même une aliénation, puisqu'elle éteint une obligation [3].

§ 526. B. *Par rapport à l'objet.*

Quant à l'objet du paiement :

1. Il doit être le même que celui qui fait l'objet de l'obligation, puisque le créancier ne peut être contraint à accepter, contre son gré, une chose autre que celle qu'il a le droit de demander. Néanmoins, si la dette consiste en une somme d'argent, si le créancier insiste pour être payé et si le débiteur ne peut, d'aucune manière, se procurer de l'argent, il lui est permis d'offrir au créancier ses meilleures choses en paiement et de les lui abandonner après une estimation judiciaire. C'est ce qu'on appelle *beneficium dationis in solutionem* [4].

2. En général, la dette doit être intégralement acquittée pour libérer le débiteur; cette règle souffre cependant exception pour les personnes qui ont le droit d'invoquer le bénéfice de compétence [5]. Le créancier ne peut, dans ce cas, exiger de ses débiteurs le paiement de leur dette, que pour autant qu'ils ne tombent point par là dans l'indigence, et qu'ils conservent des moyens d'existence conformes à leur état; ou, comme le dit le droit romain, ils ne peuvent être condamnés *nisi in quantum facere possunt.* Ce bénéfice, entièrement personnel aux débiteurs, d'après sa nature, et dont ni les héritiers [6], ni les fidéjusseurs ne profitent [7], appartient aux époux entre eux, surtout au mari actionné par la femme en restitution de la dot [8]; aux parents par rapport à leurs enfants [9]; aux frères et sœurs entre eux [10]; aux membres d'une société, pour ce que l'un doit à l'autre du chef de la société [11]; au beau-père vis-à-vis de son gendre, pour la dot promise, et tant que dure le mariage [12]; aux soldats [13]; au donateur poursuivi en exécution de la donation [14]; à celui qui a fait cession de tous ses biens à ses créanciers, pour ce qu'il acquiert par la suite [15]; au fils de famille pour les dettes contractées pendant la puissance paternelle, lorsqu'il n'est pas devenu héritier de son père [16].

3. Le paiement doit être fait au temps et au lieu convenus. Si le lieu a été déterminé, le paiement doit y être fait; sinon, la chose doit être restituée là où le débiteur l'a reçue; toute

---

[1] Pr. J. III, 29 (30). — fr. 8, § 3, D. XLVI, 2. — fr. 23, 40, 53, D. XLVI, 3. — J. N. Heert, *De solutione pro alio facta.* Giess. 1701.

[2] Fr. 39, D. III, 5. — fr. 12, pr.; fr. 32; fr. 34, § 7; fr. 38, § 1; fr. 59, D. XLVI, 3. — Si le paiement est fait à un tiers, par exemple, au créancier du créancier, le débiteur n'est libéré que lorsque le paiement est fait au tiers du consentement du créancier, ou lorsque celui-ci le ratifie par la suite, fr. 49, 58, 64, D. XLVI, 3; ou lorsqu'il refuse frauduleusement la ratification. fr. 6, D. XLIV, 4.

[3] Fr. 15, D. XLVI, 3. — § 2, J. II, 8. Le tuteur a en outre besoin de l'autorisation de la justice pour recevoir le paiement d'un capital ou pour toucher des intérêts arriérés de plus de deux ans, ou qui surpassent la somme de 300 solides. Const. 25, 27, C. V, 37.

[4] Fr. 1, § 1, D. XII, 1. — « Aliud pro alio invito creditori solvi non potest. » — Gajus, III, 168. — pr. J. III, 29 (30).

1) Sur la *datio in solutionem,* v. Const. 16, 17, C. VIII, 43. — Nov. 4, ch. 3. — G. A. Blumenthal, *Diss. de datione in solutum.* Gœtt. 1830.

2) Sur le paiement partiel : fr. 41, § 1, D. XXII, 1.

3) Sur le cas où quelqu'un doit plusieurs postes et paie en déduction (imputation de paiement) : fr. 1-8; fr. 89, § 2; fr. 97; fr. 103, D. XLVI, 3. — Const. 1, C. VIII, 43. — C. G. Gmelin, *Diss. de graviori causa in quam a debitore ex pluribus causis solutio facta esse præsumitur.* Tübing. 1801. — Sur le cas où le paiement est effectué sur le prix de vente du gage : fr. 73; fr. 96, § 3; fr. 97; fr. 101, § 1, D. XLVI, 3. — fr. 55, D. XLVI, 1. — Cujas, *Ad L.* 101, § 1, *D. de solut.* Dans ses *Recitt. ad Paulum.* — Le même, *Ad L.* 96, § 3, *D. de solut.* Dans ses *Comm. ad Papiniani resp. Lib. XI.*

4) Sur la *condictio triticaria :* Dig. XIII, 3. — Glück, *Comm.* 13e part. § 843. — Gans, *Obligationen-Recht,* p. 48.

[5] J. A. Hellfeld, *Diss. de beneficio competentiæ ex proprio æque ac tertii jure.* In opusc. n° 23. *V.* aussi Holtius, dans la *Thémis,* t. I, p. 387?

[6] Fr. 25, D. XLII, 1.

[7] Fr. 24, pr. ibid. — fr. 63, § 1, D. XVII, 2.

[8] Fr. 20, D. XLII, 1. — § 37, J. IV, 6. — Const. un. § 7, C. V, 13.

[9] Fr. 16 in fine, ibid. — § 38, J. ibid.

[10] Telle est l'opinion générale. Arg. fr. 63, pr. D. XVII, 2, à cause des mots : « *jus fraternitatis.* »

[11] Fr. 63, pr. cit. — fr. 16, 22, § 1, D. XLII, 1. — § 38, J. IV, 6.

[12] Fr. 21, 22, pr. D. XLII, 1.

[13] Fr. 6, pr.; fr. 18, ibid.

[14] Fr. 19, § 1, ibid.

[15] Fr. 4, 6, 7, D. XLII, 3. — § 40, J. IV, 6. — Sur la question de savoir si ce bénéfice s'applique seulement aux anciennes créances, ou si celles qui sont nées après la cession suivent aussi le même sort, v. fr. 4, § 1, D. XLII, 3, comp. avec le § 40, J. IV, 6 et la const. 3, C. VII, 72.

[16] Fr. 2, pr. D. XIV, 5. — fr. 49, D. XLII, 1. — Const. 2, 9, C. IV, 26.

autre prestation doit être exécutée au lieu où se trouve le débiteur [1].

§ 527. C. *De la preuve du paiement.*

Celui qui prétend avoir payé ce qu'il devait doit le justifier, en cas de dénégation. Cette preuve peut être fournie par tous les moyens que la loi permet, par témoins [2], par la délation du serment et surtout par quittances (*apochæ*) [3]. Si la quittance émane d'un fonctionnaire public, elle fait preuve au moment même; si, au contraire, elle est sous seing privé, elle n'obtient force de preuve qu'après trente jours; pendant ce délai, celui dont elle émane, peut lui opposer l'*exceptio s. replica non solutæ pecuniæ*. Plus tard, cette exception ne peut plus être opposée [4]. Celui qui paie des impôts publics ne doit pas prouver, en produisant les quittances des trois dernières années, qu'il a également payé les impôts des années antérieures, à moins qu'il n'ait donné une reconnaissance écrite de son retard [5].

§ 528. II. *Des offres réelles et de la consignation.*

Les offres réelles de paiement suivies de consignation sont la seconde manière d'éteindre les obligations. En effet, lorsque le créancier refuse, sans motif, de recevoir l'objet de l'obligation qui lui est offert par le débiteur, non-seulement par des paroles, mais réellement, de la manière convenue, au temps et au lieu indiqués, celui-ci a le droit de consigner l'objet en justice. La consignation a les mêmes effets que le paiement et, comme ce dernier, elle éteint l'obligation [6]. Elle dépend en général de la volonté du débiteur, mais elle est nécessaire pour arrêter le cours des intérêts [7]. Le débiteur conserve également le droit de reprendre la somme consignée, aussi longtemps que le créancier ne l'a pas acceptée, et de remettre ainsi sa dette avec toutes ses parties, notamment avec les intérêts, dans son premier état [8]. Pour que le débiteur soit libéré, le concours des offres et de la consignation (*oblatio et depositio*) est nécessaire; mais il est des cas où l'une des deux suffit. Tel est le cas où quelqu'un doit des intérêts modiques et promet, en cas de non-paiement au jour indiqué, des intérêts plus élevés; les seules offres le libèrent des conséquences préjudiciables de la demeure [9]; tel est encore le cas où le débiteur ne peut payer son créancier avec sûreté, par exemple, parce que ce dernier est encore un pubère et n'a pas de tuteur, ou parce que le juge a saisi la créance, ou parce qu'elle est disputée par plusieurs personnes; dans ces cas, la seule consignation suffit pour libérer le débiteur [10].

§ 529. III. *De la novation* [11].

A. *Notion.*

Le droit romain entend par novation la transformation de l'obligation existante en une nouvelle, différente de la première par la forme. Cette transformation devait être faite, en droit romain, par un contrat formel, soit verbal, soit littéral (*verbis aut literis*) [12].

Il est certain que, dans l'ancien droit [13], la novation pouvait se faire *literis*; mais comme l'ancienne obligation litérale n'existait déjà plus depuis longtemps sous Justinien, on s'explique facilement pourquoi, dans ses livres de droit, la novation est représentée comme une *translatio obligationis in* verborum *obligationem*.

Quatre conditions sont requises pour opérer la novation :

1. Le consentement de ceux qui la font [14].

---

[1] § 33, J. IV, 6. — Dig. XIII, 4. — Code, III, 18. — Thibaut, *System*, § 95, 96. — Sur l'action *de eo, quod certo loco dari oportet* (Dig. XIII, 4), v. Gans, *Obligationen-Recht*, p. 71, ainsi que les fr. 8, 10, D. XIII, 4. — Glück, *Comm.* 13e part. p. 341.

[2] Le débiteur qui a donné une reconnaissance écrite qui constate sa dette, et qui veut prouver *par témoins* qu'il a payé, doit en produire *cinq*. Const. 18, C. IV, 20. — Nov. 90, ch. 2.

[3] Code, X, 22. — Nov. 90, ch. 2. — Sur cette question : le débiteur a-t-il le droit d'exiger quittance? v. la const. 18, C. IV, 20.

[4] Const. 4, C. X, 29. — Const. 14, § 2, C. IV, 30.

[5] Const. 3, C. X, 22.

[6] Const. 9, C. VIII, 43. — Cpr. fr. 72, pr. D. XLVI, 3. — Const. 19, C. IV, 32. — G. Scholtz, *Tract. de oblatione, obsignatione et depositione pecuniæ.* Brem. 1775. — F. Tideman, *Diss. de depositione debiti judiciali.* Gœtt. 1776.

[7] Fr. 7, D. XXII, 1. — Const. 6, 9, 19, C. IV, 32. — Const. 9, C. VIII. 43.

[8] Const. 8, C. VIII, 28. — Const. 19, C. IV, 32.

[9] Fr. 9, § 1, D. XXII, 1. — Const. 9, C. IV, 32.

[10] Fr. 7, § 2, D. IV, 4. — fr. 18, D. XXII, 1.

[11] Gajus, II, 38-39; III, 176-179. — § 3, J. III, 29 (30). — Dig. XLVI, 2. — Code, VIII, 42. — Doneau, *Comm.* XVI, 20.

[12] Fr. 1, § 1; fr. 2, D. XLVI, 2. — J. C. Hasse, *Diss. An novatio voluntaria esse possit citra stipulationem.* Kilon. 1811.

[13] Gajus, III, 129, 130.

[14] Const. 1, 6, 8, C. VIII, 42.

Il s'ensuit que, du moins en droit nouveau, toute novation est volontaire. Cependant la distinction de l'ancien droit en novation nécessaire et volontaire se justifie jusqu'à un certain point. La première était une conséquence de la *litis-contestatio* et de la chose jugée, mais seulement dans les cas où le procès était un *legitimum judicium* [1].

2. L'intention expresse d'opérer une novation (*animus novandi*); autrement il existe deux obligations, l'ancienne et la nouvelle [2].

3. L'existence d'une obligation, quelle que soit d'ailleurs sa nature [3].

4. Enfin, une nouvelle obligation valable; car lorsqu'elle est invalide, la novation éteint l'ancienne obligation, sans la remplacer par une nouvelle [4].

§ 530. B. *Des diverses espèces de novation.*

La novation s'opère de différentes manières :

A. En effet, *le débiteur et le créancier restent les mêmes*. Tels sont les cas où l'obligation reçoit une autre cause, où un autre objet est mis à la place de celui qui est dans l'obligation [5], où les clauses accessoires relatives au temps, au lieu, à la condition, à la caution, etc., sont modifiées [6].

B. *Un nouveau débiteur est mis à la place de l'ancien*. Cette espèce de novation peut être faite de deux manières :

1. Soit par accord entre le créancier et le nouveau débiteur, sans l'intervention de l'ancien débiteur ; cette novation se nomme *expromissio* [7].

2. Soit par la transmission de la dette par le débiteur à un autre, que le créancier accepte ; cette novation, qui s'appelle *delegatio*, exige le consentement du créancier et celui de l'ancien et du nouveau débiteur [8].

C. *Un nouveau créancier est mis à la place de l'ancien* : le créancier transmet alors son droit à un autre que le débiteur accepte. Cette novation s'appelle également *delegatio* et diffère de la *cessio nominis*, en ce que celle-ci ne contient pas de novation, car le débiteur n'est pas libéré envers son ancien créancier, comme dans la délégation [9].

§ 531. C. *Des effets de la novation.*

La novation a pour effet d'éteindre l'ancienne dette avec tous les droits accessoires [10], et de mettre à sa place une nouvelle dette qui est, en droit romain, une obligation verbale étayée d'une action *ex stipulatu* [11]. Il s'ensuit :

1. Que dans la *expromissio* et la délégation d'une *dette*, l'ancien débiteur reste libéré, même lorsque le nouveau débiteur est ou devient insolvable ; à moins que le créancier ne se soit réservé un recours contre l'ancien débiteur [12]. Ni le stipulant, ni le débiteur délégué ne peut se prévaloir envers le créancier des exceptions qu'il aurait pu opposer à l'ancien débiteur, ou que celui-ci aurait pu faire valoir contre le créancier [13].

2. De même, dans la délégation d'une *créance*, le nouveau créancier, dans le cas où il ne pourrait obtenir le paiement du débiteur, n'a aucun recours contre l'ancien débiteur s'il ne l'a expressément stipulé; mais d'un autre côté, il n'est pas passible des exceptions que le débiteur aurait pu opposer à l'ancien créancier [14].

§ 532. IV. *De la confusion.*

Il y a confusion lorsque deux personnes, qui doivent exister séparément l'une de l'autre pour que la dette puisse subsister, ne font plus

[1] Gajus, III, 180, 181. — Fragm. Vat. § 263. — fr. 11, § 1; fr. 29, D. XLVI, 2. — Gans, *Scholien zum Gajus*, p. 433. — Ribbentrop, *Diss. de novatione necessaria*. Gœtt. 1825.

[2] Fr. 2; fr. 8, § 2, 5; fr. 20, D. XLVI, 2. — Const. 8, C. VIII, 42. Justinien déclare sans effet toute novation tacite et présumée, *V.* aussi : § 3, J. III, 29 (30).— Théophile, sur le § 3, Inst. cité. — Crell, *Diss. de animo novandi factis expresso*. Viteb. 1734, § 4. — Le même, *Diss. et Programm.* Halæ, 1775, fasc. 4.

[3] Fr. 1, § 1, D. XLVI, 2. D'ailleurs on peut faire une novation par d'autres personnes, par lesquelles on peut stipuler. fr. 20, D. ibid. — Paul, V, 8.

[4] § 3, J. cit. — fr. 20, § 1, D. XLVI, 2. — Gajus, III, 176.

[5] Fr. 58, D. XLV, 1. — fr. 9, § 2, D. XLVI, 2.

[6] Les anciens se disputaient, quant à la condition et à la caution, sur la question de savoir si et quand la novation aurait lieu. Gajus, III, 177-179. — fr. 8, § 1; fr. 14, pr. § 1, D. XLV, 2. Mais Justinien décida qu'on devait s'en rapporter à la volonté expresse des parties. Const. 8, C. VIII, 42. — § 3, J. III, 29 (30).

[7] Fr. 8, § 5, D. XLVI, 2. — Const. 25, C. II, 3. La *expromissio* est une espèce d'intervention; les femmes ne peuvent donc l'opérer valablement (§ 474, 479).

[8] Fr. 11, 17, D. XLVI, 2. — Const. 1, 6, VIII, 24.

[9] Const. 3, C. VIII, 42. — Const. 2, C. IV, 10.

[10] Néanmoins, les droits de gage constitués pour sûreté de la dette éteinte et leur privilége peuvent être conservés pour la nouvelle créance. fr. 29, D. XLVI, 2. — Les conditions passent tacitement à la nouvelle obligation. fr. 14, § 1, D. XLVI, 2.

[11] Fr. 1, pr.; fr. 15; fr. 18, D. XLVI, 2. — § 3, J. III, 29 (30).

[12] § 3, J. cit. — fr. 45, § 7, D. XVII, 1.

[13] Fr. 12, 13, 19, D. XLVI, 2.

[14] Const. 3, C. VIII, 42. — Il en est autrement dans le cas de la simple cession. *V.* le § 373.

qu'une seule personne ; par exemple, quand l'une devient héritière de l'autre. Lorsque la confusion s'opère entre le créancier et le débiteur principal, l'obligation entière s'éteint avec tous ses accessoires [1] ; lorsqu'elle s'opère, au contraire, entre le débiteur principal et celui qui est accessoirement obligé, on entre celui-ci et le créancier, l'obligation accessoire s'éteint seule [2].

§ 533. V. *De la perte fortuite de l'espèce due.*

Les obligations s'éteignent également par la perte fortuite de l'espèce qui en est l'objet [3].

A. Lorsque la créance était d'un *corps certain*, le débiteur est libéré de son obligation, si l'espèce périt sans sa faute et avant qu'il soit en demeure, soit par cas fortuit, soit qu'il s'opère une spécification qui anéantit la propriété [4].

B. La créance était-elle, au contraire, alternative, il faut distinguer :

1. Si le cas fortuit ne peut être imputé à aucune des deux parties, le débiteur n'est libéré que lorsque tous les objets ont péri [5] ; si l'un ou l'autre seulement périt ; celui qui reste doit être donné [6].

2. Si l'une ou l'autre des parties a été la cause de la perte, par sa faute ou par sa demeure, il faut distinguer entre le débiteur et le créancier :

a) Si c'est le débiteur, il est tenu, lorsque tous les objets ont péri, d'indemniser le créancier en proportion de sa créance; lorsqu'un objet subsiste et que le choix appartient au créancier, il a le droit de demander cet objet ou la valeur de celui qui a péri.

b) Mais si la faute tombe sur le créancier, le débiteur est libéré, même par la perte de l'un des deux objets promis alternativement [7].

§ 534. VI. *Du concours de deux titres lucratifs.*

Lorsqu'une personne a le droit d'exiger quelque chose à titre lucratif, sa créance s'éteint en acquérant la même chose en vertu d'un autre titre lucratif; car deux titres lucratifs ne peuvent se cumuler pour le même objet dans la même personne [8].

CHAPITRE II.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS PAR VOIE D'EXCEPTION.

§ 535. I. *Du pacte rémissoire.*

Le pacte rémissoire éteint également les obligations (*pactum de non petendo, pactum remissiorum*). On peut libérer de toutes créances et dettes, en tout ou en partie, par simple convention entre le créancier et le débiteur. Un pacte rémissoire, *pactum de non petendo*, n'éteignait, en droit romain, l'obligation que par exception [9]; cependant il a existé quelques pactes légitimes qui avaient, exceptionnellement, pour effet d'éteindre l'obligation de plein droit [10].

§ 536. II. *De la compensation* [11].

La *compensation* est le second mode d'éteindre les obligations par voie d'exception.

[1] Fr. 75; fr. 93, § 2; fr. 107, D. XLVI, 3. — fr. 71, pr. D. XLVI, 1.

[2] Fr. 43; fr. 93, § 2, 3, D. XLVI, 3.

[3] Il n'en est pas de même lorsqu'un genre ou une quantité fait l'objet de la créance. Par exemple : const. 11, C. IV, 2.

[4] « Debitor speciei liberatur interitu rei. » — fr. 23, D. XLV, 1. — Cpr. fr. 82, § 1, ibid. — fr. 15, § 3, D. VI, 1. — fr. 14, § 1, D. XVI, 3. — fr. 20, D. XIII, 1. — fr. 5, § 2, D. XVIII, 3.

[5] Fr. 34, § 6, D. XVIII, 1.

[6] Fr. 2, § 3, D. XIII, 4.

[7] Fr. 95, pr. § 1, D. XLVI, 3. — fr. 105, D. XLV, 1.

[8] Fr. 17, D. XLIV, 7. — fr. 83, § 6, D. XLV, 1. Le § 6, J. II, 20, en donne un exemple.

[9] § 3, J. IV, 13. — fr. 21, 27, 32, D. II, 14.

[10] Fr. 6; fr. 7, § 14 in fine; fr. 17, § 1, 2; fr. 30, pr. D. ibid. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XII, 4. — Steger, *Diss. de natura et indole pacti de non petendo.* Lips. 1727.

[11] Dig. XVI, 2. — Code, IV, 31. — § 30, 39, J. IV, 6. — Paul, II, 5, 3. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XVI, 15. — P. H. Ankelmann, *Diss. de compensatione et speciatim de debito tertii compensando.* Gœtt. 1791. — L. P. Fendius, *Diss. de compensationibus.* Leodii, 1818. — D. N. la Grappe, *Diss. de compensationibus ex juris romani et hodierni principiis.* Lugd.-Bat. 1822. — A. A. Allard, *Diss. de compensationibus.* Tornaci, 1825.

Lorsque deux personnes se doivent réciproquement de l'argent ou des choses fongibles de même nature, leurs créances réciproques s'éteignent avec tous leurs effets, dès le moment où elles existent, l'une vis-à-vis de l'autre, liquides et exigibles; elles s'éteignent de plein droit et sans qu'il soit nécessaire de convention particulière [1]. Lorsque la somme d'argent ou la quantité des deux créances est la même, elles s'éteignent toutes deux entièrement ; mais si les sommes sont différentes, la plus grande créance ne s'éteint que jusqu'à concurrence de la moindre [2]. L'origine des obligations importe peu; on peut même opposer une obligation naturelle pour opérer la compensation, mais alors elle n'a que les effets d'une exception. Mais une obligation réprouvée par les lois ne peut valoir pour compenser [3]. La compensation peut d'ailleurs être opposée par l'héritier, le fidéjusseur, le cessionnaire et le débiteur cédé [4] ; mais par exception, elle n'a pas lieu, lors même que ses conditions existent, lorsqu'on y a renoncé, lorsqu'on est débiteur envers le fisc d'impôts ou de prix d'achats [5], lorsque le dépositaire est poursuivi par l'action de dépôt [6], et lorsqu'on s'empare illicitement d'une possession [7].

§ 537. III. *De diverses autres causes d'extinction.*

Enfin, il est diverses autres causes qui éteignent les obligations : tels sont les actes de dernière volonté [8], le serment (§ 472), un jugement qui a acquis force de chose jugée [9] ; les actions s'éteignent en particulier par la prescription dont nous avons parlé aux §§ 209-211.

[1] Fr. 1, 3, D. XVI, 2. — Const. 4, 14, C. IV, 31.
[2] Const. 4, C. ibid. — Cpr. § 30, 39, J. IV, 6.
[3] Fr. 6; fr. 14, D. XVI, 2.
[4] Fr. 4, 5, 16, pr. ; fr. 18, pr. D. XVI, 2.
[5] Fr. 46, § 5, D. XLIX, 14.— Const. 7, C. IV, 31.
[6] § 36, J. IV, 6. — Const. 14, § 1, C. VI, 31. — Const. 11, C. IV, 34.
[7] Const. 14, § 2, C. IV, 31.
[8] Par exemple, un legs de libération. fr. 1, pr. D. XXXIV, 3.
[9] Fr. 1, D. XLII, 1. — fr. 43, D. XII, 9, comb. avec le fr. 2, D. XII, 2. — Arg. fr. 56, D. XLII, 1. — fr. 207, D. L, 17.

LIVRE III.

DES DROITS DE FAMILLE.

§ 538. *Notion et étendue des droits de famille.*

Les droits de famille s'occupent des rapports de famille et de leur influeuce sur la personne et les biens de ceux qui s'y trouvent soumis. Les rapports de famille comprennent le *mariage*, la *puissance paternelle* et, jusqu'à un certain point, la *tutelle* et la *curatelle*.

Le droit de famille, pris dans le sens que nous y attachons ici, ne doit pas être confondu avec le *jus personarum* dans le sens du droit romain et dont il ne forme qu'un des éléments (§§ 119, 120).

SECTION PREMIÈRE.

DU MARIAGE [1].

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NOTION ET DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

§ 539. I. *Notion du mariage.*

Le mariage est une union entre l'homme et la femme pour vivre dans une indivisible société [2]. Le mariage consiste donc moins dans une union sexuelle, que dans celle unité de toute la vie qui doit être le but des époux. C'est dans ce dessein (*animus*) qui préside à l'union des époux, que repose la différence entre le vrai mariage et toutes les autres unions, qui n'ont pas le caractère de vrais mariages, notamment le *concubinage* [3]. Le mariage et le concubinage ont ce point de commun, que l'un et l'autre sont une union sexuelle de l'homme et de la femme et qu'extérieurement ils se ressemblent ; du moins il en était ainsi en

[1] Sources : Inst. I, 10. — Dig. XXIII, 2. — Code, V. 4.

Bibliographie : F. Hotomanus, *De veteri ritu nuptiarum et jure matrimoniorum*. Lugd. 1569. — B. Brissonius, *De ritu nuptiarum et de jure connubii*. — H. Bouwer, *De jure connubiorum*. Delphi, 1714. — C. U. Grupen, *De uxore romana*. Hanuov. 1727. — G. H. Ayrer, *De jure connubiorum apud Romanos*. Gœtt. 1736. — Dornseiffen, *De jure feminarum apud Romanos*. Traj. ad Rhen. 1818. — Bethmann-Hollweg, *De causæ probatione*. Berol. 1820, c. 1. — Glück, *Comm.* 23e part. § 1205 et suiv. — Zimmern, *Rechtsg.* I. 1, § 132-178. — C. Tafel, *Comm. de divortiis apud Romanos*. Cap. 1, de variis nuptiarum generibus apud Romanos. OEringæ. 1833.

[2] Fr. 1. D. XXIII, 2. « Nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio. » — § 1, J. I, 9. « Nuptiæ sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens. » — Cpr. la const. 4, C. IX, 32.

[3] Il était permis, chez les Romains, sous certaines conditions. Paul. II, 20. — Dig. XXV, 7. — Code, V, 26. — Glück, *Comm.* 28e part. § 1295.

droit romain, où l'on n'exigeait pour la célébration du mariage aucune forme extérieure, mais uniquement le consentement matrimonial (*consensus matrimonialis*) [1]. Mais intérieurement, le mariage et le concubinage diffèrent essentiellement : le mariage, en effet, exige l'*animus matrimonii*, c'est-à-dire que les époux aient pour but de vivre dans une union complète et de partager toute leur vie le même sort; cette intention n'existe pas dans le concubinage. Tout mariage vrai et valable a pour effet général d'élever la femme à la dignité du mari, et de donner aux enfants nés du mariage la qualité d'enfants légitimes; c'est-à-dire qu'en droit le mari doit être regardé comme père des enfants, ou, comme dit le droit romain, *liberi patrem habent*; aussi tombent-ils sous la puissance du père. La concubine, au contraire, n'est point élevée à la dignité du mari, les enfants nés du concubinage sont illégitimes (*liberi quasi sine patre*) et ne sont point sous la puissance du père [2].

§ 540. II. *Des fiançailles.*

A. *De leur célébration.*

Ordinairement, le mariage est précédé d'une convention, par laquelle l'homme et la femme se promettent réciproquement de contracter dans la suite un légitime mariage. Cette convention se nomme *fiançailles* (*sponsalia*) [3]. D'après le droit romain, aucune autre condition n'est exigée pour la validité des fiançailles que le consentement des parties [4]. Ce consentement doit être donné sérieusement, avec réflexion et librement; la démence, le dol, la violence, l'erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles, soit d'après la nature du mariage, soit d'après les conventions des parties, vicient les fiançailles [5]. Celui qui peut, par la suite, contracter un mariage, peut aussi se fiancer [6], lors même qu'au temps des fiançailles il ne serait ni capable, ni en droit de contracter mariage; par exemple, un impubère [7]. Les fiançailles peuvent également être conclues sous condition; il faut alors appliquer les principes généraux sur les effets des conditions, et ceux en matière de convention, en particulier. C'est pour cette raison qu'une condition affirmative physiquement ou moralement impossible, rend les fiançailles nulles [8]; mais ajoutée au mariage lui-même, elle est regardée comme non écrite; néanmoins elle le rend également nul, si elle est contraire à l'essence du mariage.

§ 541. B. *Des effets des fiançailles.*

Les fiançailles valablement conclues ont pour effet de donner à chacune des parties le droit d'exiger la consommation du mariage dans le délai convenu, et, à défaut de convention, endéans un délai à déterminer par le juge d'après les circonstances. Lorsque les fiançailles sont conclues sous condition, il faut néanmoins attendre l'avénement de la condition; cependant, le droit romain n'accorde aucune action pour forcer à procéder à la célébration du mariage [9]. Les fiancés se doivent réciproquement fidélité et sont encore assimilés aux époux sous quelques autres rapports [10].

§ 542. C. *De la dissolution des fiançailles.*

Les fiançailles se dissolvent :

1. Par la mort d'un des fiancés.
2. Par un empêchement au mariage, survenu depuis la célébration des fiançailles.
3. Par le consentement mutuel des parties, ordinairement appelé *repudium voluntarium*.
4. Par le désistement de l'une des deux parties, ordinairement nommé *repudium necessarium* [11]; néanmoins, celui qui se désiste sans motif légitime est obligé de donner à l'autre des dommages-intérêts.

Il y a motif légitime de se désister, lorsque l'autre ne tient pas la fidélité promise, ou se

[1] Fr. 15, D. XXXV, 1. — fr. 30, D. L, 17.

[2] Fr. 49, § 4, D. XXXII. — § 12, J. 1, 10. — Gajus, 1, 64.

[3] Dig. XXIII, 1. — Code, V, 1. — G. H. Bœhmer, *Exerc. ad Pand.* t. IV, n° 69. — Glück, *Comm.* part. 22, 23, § 1190-1204.

[4] Fr. 4, pr. D. XXIII, 1. — Si l'une ou l'autre se trouve sous la puissance paternelle, le consentement du père de famille est également requis. fr. 7, § 1, ibid. comparé avec le pr. J. 1, 10 et Paul, II, 19.

[5] Fr. 8, D. ibid. — Paul, II, 19.

[6] De là aussi réciproquement : « Cum qua nuptiæ contrahi non possunt, hæc plerumque ne quidem desponderi potest. » fr. 60, § 5, D. XXIII, 2.

[7] Fr. 14, D. XXIII, 1. — fr. 10, § 1, D. III, 2. « Quæ virum eluget, intra id tempus sponsam fieri non nocet. »

[8] Il y a beaucoup d'auteurs qui prétendent qu'elle doit être regardée comme non écrite (*pro non adjecta*).

[9] Fr. 2, § 2, D. XXIV, 2. — Const. 1, C. V, 1. — fr. 134, D. XLV, 1. — Const. 2, C. VIII, 39. — Cpr. Aulu-Gelle, *Noct. att.* IV, 4.

[10] Const. 5, C. V, 1. — fr. 5, D. XXII, 5. — fr. 15, § 14, D. XLVII, 10.

[11] Fr. 101, § 1, D. L, 16. — fr. 38, D. XXIV, 3.

rend en général coupable de *turpis, vel prodiga, vel impudica conversatio*, ou qu'une différence de religion ou de secte s'élève entre les parties [1]. A la dissolution des fiançailles, les parties peuvent répéter l'une de l'autre, ou de leurs héritiers, les cadeaux qu'elles se sont faits (*arrhæ sponsalitiæ, munera sponsalitia*), excepté lorsque l'une des parties se retire sans motif ; dans ce cas, l'autre partie retient ce qu'elle a reçu, elle répète ce qu'elle a donné, et même le double si elle n'a rien reçu ; cependant, cette peine n'est pas applicable à la fiancée mineure [2].

§ 543. III. *Des conditions de la célébration du mariage.*

A. *Empêchements absolus.*

Pour procéder à la célébration d'un mariage valable, il est avant tout nécessaire que les personnes qui veulent le contracter soient *capables* de se marier. Ceux qui sont incapables de contracter mariage d'une manière absolue, sont :

1. *Ceux qui sont encore corporellement incapables*, et le droit romain exige, à cet effet, la puberté de l'homme et de la femme [3].

2. Les *castrats*. Ordinairement, on prétend que l'impuissance absolue rend en général incapable de contracter mariage, mais le droit romain ne déclare incapables que les castrats (*castrati*) et ne parle nullement des *spadones* [4].

§ 544. B. *Empêchements relatifs.*

1. *A cause de parenté.*

Mais la capacité des parties de contracter mariage ne suffit pas ; il faut encore qu'aucune défense particulière de la loi ne leur soit contraire [5]. Les prohibitions en droit romain [6] qui interdisent le mariage entre personnes d'ailleurs capables, dérivent en premier lieu de la *parenté* [7]. Entre parents le mariage est prohibé :

1. En *ligne directe*, entre ascendants et descendants, sans distinction de degré, et peu importe que la parenté soit naturelle, c'est-à-dire produite par le lien du sang, ou juridique, c'est-à-dire formée par l'adoption ; dans ce dernier cas, la probibition subsiste même après que l'adoption a été dissoute par l'émancipation [8].

2. En *ligne collatérale*, le mariage est prohibé entre parents au second degré et entre ceux dont l'un descend immédiatement, l'autre médiatement d'une souche commune ; c'est ce qu'on appelle aujourd'hui *respectus parentelæ*. La même prohibition s'étend aux personnes que l'adoption place dans un rapport semblable à celui de frère et sœur ou du *respectus parentelæ ;* mais elle cesse quand l'adoption qui la formait est dissoute [9]. Le mariage entre enfants de frères et sœurs est permis [10]. On peut épouser la sœur utérine de son père adoptif, parce qu'il n'y a aucun lien de famille entre elle et l'adopté ; aucune émancipation n'est donc là nécessaire [11].

§ 545. 2. *A cause d'affinité.*

L'affinité à un degré trop rapproché est également un empêchement au mariage [12]. Le droit romain n'interdisait d'abord que le mariage avec la belle-mère et la femme du père, et réciproquement avec la bru et la belle-fille [13] ; mais plus tard, le mariage fut également défendu avec la femme d'un frère décédé

---

[1] Const. 5, C. V, 1. — J. H. Bœhmer, *Diss. de probatis repudiorum causis*. Halæ, 1718.

[2] Const. 3, 5, C. V, 1. — Const. 15, 16, C. V, 3.

[3] Pr. J. I, 10. — fr. 24, D. XXIII, 1. — fr. 4, D. XXIII, 2. — Le droit canon exige également la puberté. — Mais la vieillesse ne rend pas incapable de contracter mariage. Const. 27, C. V, 4.

[4] Fr. 39, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 6, D. XXVIII, 2. — Le mariage peut-il être annulé à cause de l'impuissance ou de la stérilité de l'une ou de l'autre partie? *V.* sur cette question : const. 10, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 6.— Nov. 117, ch. 12.—Thibaut, *System*, § 392. — C. G. Biener, *Quæst. cap. L. de matrimonio propter impotentiam dissolvendo*. Lips. 1814. — M. G. Bauer, *Diss. de matrimonio sterili partuum voto solvendo*. Lips. 1825.

[5] J. B. T. De Jonghe, *Diss. de matrimonio ejusque impedimentis*. Leodii, 1823. Cette dissertation contient une comparaison exacte des législations anciennes et modernes sur les empêchements au mariage.

[6] M. S. T. Mertens, *Diss. de nuptiis jure romano prohibitis*. Traj. ad Rhen. 1811.

[7] Gajus, I, 58-64. — Epit. Gaj. I, 4. — *Coll. Leg. Mos. et Rom.* tit. VI. — Cod. Theod. III, 12. — Inst. I, 10. — Code, V, 5. — Reitz, *Excurs. ad Theoph.* t. II, p. 1183.

[8] § 1, J. I, 10. — fr. 53, 55, D. XXIII, 2.

[9] § 2, 3, J. I, 10. — fr. 17, D. XXIII, 2.

[10] § 4, J. I, 10.— Théophile et, avec lui, plusieurs manuscrits lisent : *non possunt ;* mais *v.* le fr. 3, D. XXIII, 2, et surtout la const. 19, C. V, 4, qui lève la prohibition de ce mariage ordonnée par Théodose, dans la const. 1, C. Th. III, 10 et const. 3, C. Th. III, 12.

[11] Fr. 1, § 12 in fine, D. XXIII, 2.

[12] Heineccius, *Ad legem Juliam et Pap. Popp.* II, 17.

[13] § 6, 7, J. I, 10. — fr. 14, § 4, D. XXIII, 2. — fr. 4, § 5-7, D. XXXVIII, 10. — Const. 17, C. V, 4.

et avec la sœur de la femme défunte [1].

La loi défend également le mariage entre le mari divorcé avec sa femme et les enfants nés de cette dernière d'un autre homme [2], entre le père et la fiancée de son fils, entre le fils et la fiancée de son père [3], entre le père et la veuve du fils de sa femme, entre le fils et la veuve du mari de sa mère [4]. L'homme et la femme qui ont l'un et l'autre des enfants d'un premier lit peuvent se marier sans que leur union forme obstacle à celle des enfants que chacun d'eux avait auparavant d'un autre conjoint; les textes appellent ces enfants *privigni* ou *comprivigni* [5].

§ 546. 3. *Par d'autres motifs.*

Outre la parenté et l'affinité, le mariage est encore défendu pour plusieurs autres motifs :

1. Celui qui a déjà contracté un mariage valable, ne peut, tant que ce mariage subsiste, en contracter un second ; car la polygamie est défendue [6]; mais on peut se marier successivement plusieurs fois. Néanmoins la femme, lorsque son mariage a été dissous par la mort du mari ou par divorce, doit attendre au moins un an avant de pouvoir en contracter un nouveau. Cette année se nomme année de deuil, *annus luctus;* le motif de cette disposition repose sur la crainte que le sang ne soit mêlé, *turbatio sanguinis s. confusio sobolis* [7]. La contravention à cette disposition ne rend pas le mariage nul, mais elle entraîne l'infamie et des peines pécuniaires [8].

2. A cause de la différence de religion des deux parties, le mariage est probibé entre chrétiens et juifs [9].

3. Entre la femme adultère et son complice [10]; entre le ravisseur et la personne qu'il a enlevée [11].

4. Entre le tuteur ou son fils qui est sous sa puissance, et la femme qui est sous sa tutelle, avant que le compte de tutelle n'ait été rendu [12].

5. Des motifs politiques défendent le mariage entre le *præses provinciæ* ou d'autres fonctionnaires de la province, et une femme qui a son domicile dans cette province [13].

6. Les hommes libres ne pouvaient autrefois épouser des femmes publiques ou des comédiennes.

7. Enfin, à cause de la différence d'état, le mariage était défendu entre le sénateur et ses descendants au troisième degré, et une affranchie [14]. Mais déjà Justin permit de se marier avec une comédienne [15], et Justinien, en donnant à tous les affranchis les droits des ingénus (*jura ingenuorum*), autorisa par là les mariages entre un sénateur et une affranchie ; plus tard d'ailleurs, il les permit expressément [16].

§ 547. C. *Des effets des empêchements.*

Si quelques personnes s'unissent malgré les empêchements dont nous venons de parler, le mariage est nul d'après les dispositions expresses de Justinien, et n'obtient les effets légaux du mariage légitime, ni en faveur des époux, ni en faveur de leurs enfants [17].

Cependant, si lors de la célébration du mariage une des parties ou toutes deux étaient de bonne foi, c'est-à-dire si l'une ou toutes deux ne savaient pas que leur union fût probibée, elles contractaient un *mariage putatif.* Dans ce cas, celui qui était de bonne foi acquérait tous les droits d'un vrai époux, et les enfants étaient considérés comme légitimes [18]. Mais l'époux de bonne foi était tenu, aussitôt après la découverte de son erreur, de rompre l'union ou de demander dispense de l'empêchement au mariage. Lorsqu'au contraire l'empê-

[1] Const. 2, 4, C. Th. III, 12. — Const. 5, 8, 9, C. V, 5.
[2] § 9, J. I, 10.
[3] § 9, J. cit.
[4] Fr. 15, D. XXIII, 2.
[5] § 8, J. I, 10. — fr. 34, § 2, D. XXIII, 2.
[6] § 6, 7, J. I, 10. — fr. 1, D. III, 2. — Const. 2, C. V, 5.
[7] Const. 8, § 4; const. 9, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 6.
[8] Fr. 1, § 11, § 1, D. III, 2. — Nov. 22, ch. 8.
[9] Const. 2, C. Th. III, 7. — Const. 6, C. I, 9.
[10] Fr. 26, D. XXIII, 2. — fr. 13, D. XXIV, 9. — Nov. 134, ch. 12.
[11] Const. un. C. IX, 13. — Nov. 143, 150.
[12] Fr. 59; fr. 62, § 2; fr. 66, D. XXIII, 2. — Code, V, 6. — J. L. E. Püttmann, *De pupilla a tutore ejusque filio haud ducenda.* Lips. 1783. — J. G. van Vredenburch, *Diss. de prohibitis nuptiis inter tutorem et pupillam.* Lugd.-Bat. 1803.
[13] Fr. 57, pr.; fr. 63, D. XXIII, 2. — Code Th. III, 11. — Code Just. V, 2, 7.
[14] Ulp. XIII, XVI, 2. — fr. 44, D. XXIII, 2. — Heineccius, *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 1, 2.
[15] Const. 23, C. V, 4. Cette constitution est généralement attribuée à Justinien, mais son inscription est fausse, comme Heineccius l'a déjà prouvé. *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 2, § 4.
[16] Code, VII, 5, 6. — Nov. 78, ch. 3. — Nov. 147, ch. 6.
[17] § 12. J. I, 10. — Code, V, 8.
[18] Fr. 57, § 1, D. XXIII, 2. — J. N. Hertius, *Diss. de matrimonio putativo;* dans ses *Opusc.* vol. I, t. p. 243.

chement était connu des deux parties, et que le mariage ne pouvait subsister parce que la dispense ne pouvait être accordée, les enfants étaient regardés comme illégitimes [1].

§ 548. IV. *De la forme de la célébration du mariage.*

L'observation de la forme légale est nécessaire pour contracter un mariage valable. Le droit romain n'exigeait à cet effet que le simple consentement des deux parties [2] et celui des personnes sous la puissance desquelles elles se trouvent [3]. Mais les grands dignitaires de l'empire et les personnes illustres devaient, d'après une disposition de Justinien, faire un contrat écrit (*dotalia instrumenta*) [4]. Le consentement au mariage ne doit point être vicié; toutes les causes qui empêchent donc le consentement d'être libre, vicient le mariage. A ces causes appartiennent la démence et la fureur, la crainte et la violence [5], le dol et l'erreur sur la personne ou sur ses qualités essentielles.

CHAPITRE II.

DES EFFETS DU MARIAGE.

§ 549. I. *Par rapport à la personne des époux.*

A. *Des droits communs à tous deux.*

La notion et l'essence du mariage déterminent le rapport personnel des époux entre eux, il est l'union de toute la vie et du sort des époux. Tout ce qui découle de cette notion forme les droits et les devoirs d'un époux envers l'autre. Il ne peut, à proprement parler, être question ici de droits juridiques et exigibles, mais seulement de devoirs, à moins que des lois expresses n'en disposent autrement [6].

Parmi les droits et les devoirs communs aux deux époux, nous comptons les suivants :

1. Le droit de demander l'un de l'autre fidélité réciproque [7].

2. Le droit de vivre inséparables et d'exiger réciproquement appui et protection [8].

3. Le devoir de chacun des époux de supporter en commun les malheurs de l'autre [9].

§ 550. B. *Des droits particuliers à chacun des époux.*

Au nombre des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux, on range :

1. Le droit du mari d'exiger de sa femme obéissance et respect en toute chose permise et honnête [10]; pour cette raison, la femme doit suivre le domicile du mari [11], à moins qu'il n'ait été exilé pour cause de délit [12]. Il a le droit de demander que sa femme se livre aux travaux domestiques, selon son état, et d'ester pour elle en justice, en sa qualité de procureur présumé [13].

2. De son côté, la femme a le droit d'exiger de son mari protection et appui [14], ainsi que des aliments [15]; elle prend le nom, s'élève à la dignité de son mari [16] et conserve ces droits après la mort de son mari, tant qu'elle ne convole pas en secondes noces [17].

---

[1] Const. 4, C. V, 5.

[2] Fr. 2, D. XXIII, 2. — fr. 15, D. XXXV, 1. — fr. 30, D. L, 17. — Ortolan, dans la *Thémis*, t. X, p. 497.

[3] Fr. 2, 19, D. XXIII, 2 cit. et pr. J. I, 10. — Ulp. V, 2. — Paul, II, 19, § 2. Le fils émancipé n'avait pas besoin du consentement de son père. fr. 25, D. XXIII, 2. — On ne pouvait, sans motif suffisant, le refuser au fils sous la puissance paternelle; l'autorité avait le droit d'y forcer le père. fr. 19, D. ibid.

[4] Nov. 74, c. 4. — Nov. 117, c. 4, 6.

[5] Fr. 16, § 2, D. ibid. — Paul, II, 19, 7. — Const. 14, C. V, 4.

[6] Par exemple, par rapport aux devoirs réciproques de donner des aliments, aux conséquences préjudiciables de l'adultère, etc.

[7] Nov. 117, ch. 8, § 2; ch. 9, § 5.

[8] C'est pour cette raison que les époux sont aussi réciproquement tenus de se donner des aliments.

[9] Par exemple, fr. 16, § 2, D. XXIII, 2. — fr. 22, § 7, D. XXIV, 3.

[10] Néanmoins le mari n'a pas le droit de punir sa femme. Const. 8, § 2, C. V, 17.—Cpr. Nov. 117, ch. 4.

[11] Fr. 5, D. XXIII, 2. — fr. 65, D. V, 1. — Const. 9, C. X, 39.

[12] Arg. const. 22, C. IX, 47. — Const. 24, C. V, 16.

[13] Const. 21, C. II, 13.

[14] Fr. 2, D. XLVII, 10.

[15] Fr. 21, pr. D. XXIV, 1. — fr. 22, § 8, D. XXIV, 3. Le mari n'a pas le droit d'exiger des aliments de la femme. Muhlenbruch, *Pand.* § 531, note 3.

[16] Const. 9, C. X, 39. — Const. 13, C. XII, 1. — Cpr. Nov. 23, ch. 36.

[17] Fr. 32, § 1, D. L, 1.

§ 551. II. *Par rapport aux biens des époux.*

Le mariage n'a, par lui-même, aucune influence sur les biens des époux qui ne deviennent pas communs par là; chacun des époux conserve, au contraire, la propriété des siens [1] et en dispose d'après sa volonté. Tout changement à cet égard doit être opéré par une disposition particulière. En ce qui concerne les biens des époux, nous parlerons : de la *dot* (*dos*), de la *donation à cause du mariage* (*donatio propter nuptias*), des *biens paraphernaux* (*parapherna*), des *pactes dotaux* (*pacta dotalia*) et de la *donation entre époux* (*donatio inter virum et uxorem*).

§ 552. A. *De la dot.*

1. *Notion de la dot.*

La dot (*dos, res uxoria*) [2] est le bien que la femme elle-même ou tout autre en son nom transfère au mari [3] pour l'aider à supporter les charges du mariage. Le mari garde ces biens tant que le mariage subsiste, mais après sa dissolution, il doit les restituer; il peut être poursuivi de ce chef par l'action *dotis*. La constitution de la dot présuppose l'existence d'un mariage valable : *dos, sine nuptiis esse non potest* [4].

§ 553. 2. *De l'objet de la dot.*

Tout ce qui peut augmenter les biens du mari peut également faire l'objet de la dot. Ainsi, non-seulement des biens corporels de toute espèce, mais également un droit réel [5], la renonciation *dotis causa* à un droit réel [6], une créance contre des tiers [7], la renonciation à une créance contre le mari lui-même (*liberatio mariti dotis causa facta*) [8], enfin la renonciation, *dotis causa* en faveur du mari, à un droit déféré, peuvent faire l'objet de la dot [9]. La femme peut également constituer en dot toute sa fortune, qui ne comprend alors que les biens, déduction faite des dettes. Mais la constitution d'une dot ne donne jamais naissance à une succession universelle; le mari, dans ce cas, n'est donc pas tenu personnellement des dettes de la femme [10]. Mais la femme instituée héritière sous la condition d'employer les biens héréditaires à se constituer une dot, est tenue en qualité d'héritière, et lorsqu'elle transfère ces biens à son mari, à titre de dot, celui-ci peut être actionné au moyen de la *hereditatis petitio utilis* [11].

§ 554. 3. *Des espèces de dot.*

Tous ceux qui ont la libre disposition de leurs biens peuvent constituer une dot.

1. Mais quant au droit d'en exiger la restitution après la dissolution du mariage, il y a une distinction à faire entre la dot profectice (*dos profectitia*) et la dot adventice (*dos adventitia*).

La *dot profectice* est celle qui provient directement ou indirectement des biens du père ou de l'aïeul paternel de la femme, peu importe qu'il l'ait constituée immédiatement lui-même ou qu'il en ait chargé une autre personne [12]. Ici la loi donne au père, en cas de décès de la femme, l'action *dotis*, même lorsqu'il ne s'est pas expressément réservé ce droit [13].

On nomme *dot adventice* celle qui n'est pas

[1] Néanmoins dans le doute, et jusqu'à preuve contraire, tout ce qui se trouve dans la maison de l'époux est regardé comme sa propriété et acquis par et pour lui. fr. 51, D. XXIV, 1. — Const. 6, C. V, 16, — C. Schaper, *De reg. jur. quod in casu dubio omnia bona mariti esse præsumenda sint, caute adhibenda*. Helmst. 1771.

[2] Ulpien, VI. — Paul, II, 21, 22. — Code Theod. III, 13. — Dig XXIII, 3-5. — Cod. V, 11-15. — Nov. 91; 97, ch. 2-6; 100; 109. — *Frag. Vat.* tit. *de re uxoria ac dotibus*. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV. 4-8. — G. Caponi, *Tract. de dote*. Col. Allobr. 1733. — J. Finestres et de Monsalvo, *De jure dotium*. Cervariæ, 1754. — J. G. Geyert, *Diss. de juribus et obligationibus circa dotem*. Gœtt. 1785. — C. Schenk, *Das Recht der* dos *vor Justinian*, ou *Du droit dotal avant Justinien*. Landshut, 1812. — L. M. Rambonnet, *Spec. observ. quibus illustratur historia juris dotium apud Romanos*. Traj. ad Rhen. 1819. — Glück, *Comm.* 24e part. § 1230-1252. — J. C. Hasse, *Das Güterrecht der Ehegatten nach rœm. Recht*, ou *Du droit des biens des époux en droit romain*, t. I, Berlin, 1824. — Zimmern, *Rechtsg.* t. I, § 156-161. — J. W. von Tigerstrœm, *Das rœmische Dotalrecht*, ou *Du droit dotal chez les Romains*, t. I. Berlin, 1831; t. II, 1832.

[3] Si le mari est encore sous la puissance paternelle, la dot est constituée au père de famille. fr. 57; fr. 59, pr. D. XXIII, 3.

[4] § 12, J. I, 10. — fr. 3, 21, 39, § 1; fr. 43, pr.; fr. 76 in fine. D. XXIII, 3. — fr. 4, § 2, D. II, 14. — Const. 20, C. V, 3.

[5] Fr. 7, § 2, D. XXIII, 3.

[6] Fr. 57. D. XXIV, 3.

[7] Const. 2, C. IV, 10.

[8] Fr. 12, § 2; fr. 41, § 2; fr. 43, pr. D. XXIII, 3.

[9] Fr. 14. § 3, D. XXIII, 3.

[10] Fr. 72, D. XXIII, 3. — Const. 4, C. V, 12. — fr. 39, D. L, 16.

[11] Fr. 13, § 10, D. V, 3.

[12] Fr. 5, pr. § 1-8, D. XXIII, 3. — Ulp. VI, 3.

[13] Fr. 6, pr. D. XXIII, 3. — Ulpien, VI, 4. — Const. 4, C. V, 18.

profectice, qu'elle soit constituée par la femme de sa fortune particulière [1], ou par la mère de la femme, ou par un tiers [2]. L'action *dotis* compète toujours, dans ce cas, à la femme et à ses héritiers, excepté lorsque le constituant a stipulé que la dot lui serait restituée; elle prend alors le nom de *dos receptitia* [3].

2. En thèse générale, nul n'est tenu de constituer une dot malgré lui. Néanmoins, le père et l'aïeul paternel de la femme sont tenus de doter leur fille ou petite-fille, en proportion de leur fortune [4], si elle n'a pas de biens propres à elle [5], et la mère peut de la même manière y être tenue, mais seulement par des motifs graves [6]. Quelques auteurs pensent même que la femme est obligée de constituer une dot, si elle a de la fortune [7]. Aujourd'hui, on appelle *dos necessaria* celle que l'on est tenu de constituer, par opposition à *dos voluntaria* qui dépend de la volonté du constituant.

3. Toute dot qui ne consiste pas en une somme d'argent peut, lorsqu'elle est constituée au mari, être estimée à un certain prix (*dos æstimata*); dans ce cas, le mari est regardé comme acheteur des biens dotaux et comme débiteur envers la femme du prix taxé, *dos venditionis causa æstimata;* mais il conserve, après la dissolution du mariage, le droit de rendre ou la dot elle-même, ou le prix taxé [8]. La dot peut également être taxée pour savoir seulement ce que la femme apporte en mariage; *dos taxationis causa æstimata* [9].

§ 355. 4. *De la forme de la constitution de la dot.*

La dot peut être constituée :

A. Par *acte entre vifs*, et notamment :

1. Dans l'ancien droit [10], elle pouvait l'être soit par *promissio dotis*, c'est-à-dire par une promesse de dot, faite au moyen de la stipulation; soit par *dictio dotis*, c'est-à-dire par une promesse de dot, faite par paroles solennelles, sans demande préalable et sans que l'acceptation de la promesse fût nécessaire [11]; soit enfin, par *datio dotis*, c'est-à-dire par la tradition réelle de l'objet de la dot, sans *promissio* ni *dictio* antérieures [12].

2. Mais le droit nouveau n'exige plus, pour la promesse de la dot, l'ancienne forme par *promissio* ou *dictio*. Toute promesse acceptée, même la simple *pollicitatio dotis* qui, dans le droit nouveau, a remplacé l'ancienne *dictio*, est valable et produit une action [13]. Le droit nouveau reconnaît également à celui auquel on a promis une dot, une hypothèque légale de ce chef, sur tous les biens du promettant (§ 348) [14]. La *datio dotis* a conservé, en droit nouveau, les mêmes caractères que lui attribuait l'ancien droit.

B. La constitution de la dot peut être faite par *acte de dernière volonté :*

1. Lorsque quelque chose a été légué à la femme, *dotis nomine*, elle est tenue de le donner en dot au mari.

2. Ou lorsque quelque chose a été légué

---

[1] Tigerstrœm, t. I, p. 45, est d'une opinion différente. Il l'appelle simplement *dos* par opposition avec *dos profectitia et adventitia;* mais que l'on voie le fr. 5. § 11 in fine, D. XXIII. 3.

[2] Fr. 5, § 9, 11, 14, D. XXIII, 3. — Ulpien, VI, 3.

[3] Ulpien. VI, § 5. 6. — fr. 33, D, XXIII. 3. — fr. 31, § 2, D. XXXIX, 6. — Const. un. § 13, C. V, 13

[4] Fr. 19. D. XXIII, 2. — fr. 69, § 4, D. XXIII, 3. — fr. 6, D. XXXVII. 6. — Const. 7. C. V. 11. — La puissance paternelle n'exerce ici aucune influence; de là, la fille émancipée a le droit d'exiger une dot de son père. Arg fr. 5, § 11, 12, D. XXIII, 3, et const 7 cit. — D'ailleurs le père adoptif est également tenu de doter sa fille adoptive. fr. 5, § 13, D. ibid. — Mais l'obligation de doter la fille ne passe pas aux héritiers du père, à moins qu'il n'ait déjà promis la dot de son vivant. fr. 44, pr. D. XXIII, 3. — Const. 5, C. V, 11.— Le droit romain ne parle pas de l'obligation du père de doter sa fille une seconde fois pour le même mariage, lorsque la première dot a péri par cas fortuit. Mais il est tenu de la doter pour un second mariage, lorsqu'il a récupéré la dot constituée une première fois. Auth. *Sed quamvis,* C. V, 13.

[5] Arg. fr. 5, D. XXV, 3. — fr. 44, pr. D. XXIII, 3. — Cpr. cep. const. ult. C. V, 11.

[6] Const. 14, C. V, 12 — Cpr. const. 19, § 1, C. I, 5.

[7] Tigerstrœm, t. I. p. 59, à cause du fr. 32, D. XXVI, 7. — Const. 9, 22. C. V, 37. — Hasse, à cause du fr. 32, § 2, D. XII 6. pense autrement.

[8] Fr. 10, pr. D. XXIII, 3. — fr. 9, § 3, D. XX, 4. — Const. 5. C. V, 12. — Const. un. § 9, 15, C. V, 13. Quant aux effets d'une pareille estimation de dot, v. plus loin. les §§ 356, 359.

[9] Fr. 10, § 6; fr. 69, § 7, D. XXIII, 3. — fr. 50, D. XXIV, 3. — Const. 1, C. V. 23. — Const. 21, C. V, 12.

[10] Ulpien VI. 1. — Const. 3, C. Th. III, 13. — Heineccius. *Antiq. rom.* II. 8, § 4-7.

[11] Hugo, *Rechtsges.* p. 624. — La plupart des auteurs sont d'opinion différente : Glück, *Comm.* 20e part. p. 200. — Hasse, § 82. — Schweppe. *Rechtsges.* § 398. — Zimmern, t. I, § 158. — Tigerstrœm, § 13.

[12] Fr. 41, § 2; fr. 43, pr ; fr. 48, § 1, D. XXIII. 3.

[13] Const. 3, 4, C Th. III, 13. — Const. 6, C. V, 11. — Const. 25, C. IV, 29.

[14] Const. un. § 1, C. V, 13. — Quant aux intérêts à payer pour la *dot promise,* v. const. 31, § 2, C. V, 12. — Gottschalk, *De dotis tam promissæ quam ex lege præstandæ usuris.* Dresd. 1834. — Sur l'*evictio dotis :* const. 1, C. V, 12. — Glück, *Comm.* 20e part. p. 198; 25e part. p. 80.

comme dot, directement au mari lui-même; la constitution de la dot se base, dans ce cas, sur le legs lui-même [1].

La constitution d'une dot ne se présume d'ailleurs jamais; celui qui attribue à une chose la qualité dotale, doit prouver cette qualité [2].

§ 556. 5. *Des droits du mari sur la dot.*

Pendant le mariage, le mari est toujours propriétaire de la dot; mais comme la femme peut, après la dissolution du mariage, en demander la restitution, on peut également dire que la dot appartient aux biens de la femme [3]. Comme propriétaire de la dot, le mari a le droit d'administrer les biens dotaux, d'en percevoir tous les fruits, et de les employer [4], sans être tenu de rendre compte de son administration ou de donner caution [5]. Il en acquiert aussi les accessions [6] et tout ce qui remplace la dot [7]; tout ce que les esclaves compris dans la dot acquièrent, lui appartient également [8]. Il transmet la dot à ses héritiers [9]. De plus, il a le droit de revendiquer les biens dotaux contre tout possesseur, même contre la femme [10], et la loi lui donne, de ce chef, aussi bien l'action en revendication, que l'action publicienne [11]. Enfin, il peut aliéner les meubles dotaux, même sans le consentement de la femme [12], en disposer en faveur d'un tiers [13], dépenser les deniers dotaux, dénoncer et encaisser les créances dotales, sans qu'une cession de la part de la femme soit requise à cet effet [14]. Quant aux immeubles dotaux, toute aliénation volontaire lui est interdite, lors même que la femme y consentirait [15]; il ne peut donc pas les donner en hypothèque; un cas est excepté, c'est lorsque le fonds a été estimé *venditionis causa*; le mari peut alors l'aliéner [16]. L'aliénation d'un fonds dotal faite

---

[1] Fr. 48, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 77, § 9, D. XXXI. — fr. 71, § 3, D. XXXV, 1.

[2] H. G. Bauer, *Diss. bona uxoris paraphernalia esse præsumenda*. Lips. 1762. — C. F. Meister, *Diss. de bonis uxoris ex juris romani præsumtione non paraphernalibus sed dotalibus*. Gœtt. 1769 — Glück, *Comm.* 27e part § 1278.

[3] Gajus, II, 62, 63. — Pr. J. II, 8. — fr. 7, § 3; fr. 75, D. XXIII, 3. — fr. 21, § 4, D. L, 1. — fr. 3, § 5, D. IV, 4. — Const. 23, 30, C. V, 12. — La question de savoir *quel droit le mari a sur la dot*, a divisé de tout temps les jurisconsultes en trois catégories;

1) D'après l'opinion la plus généralement adoptée autrefois par les jurisconsultes, le mari devient véritable propriétaire de la dot, si elle consiste en choses fongibles, ou si elle lui a été taxée *venditionis causa;* dans tout autre cas, la vraie propriété (*dominium naturale*) est conservée à la femme; mais cette propriété repose pendant le mariage, et le mari en a l'exercice (*dominium civile*). Hellfeld, *Jurispr. for.* § 1234-1236. — Thibaut, *Pand.* § 447-448.

2) D'après une opinion plus moderne, mais déjà professée par Cujas, *Observ.* X, 32, le mari devient toujours unique propriétaire de la dot, et la femme n'a qu'une action pour en demander éventuellement la restitution Hasse, *Von der ehel. Gütergemeinschaft*, § 16 et *Güterrecht der Ehegatten*, § 69. — Glück, *Comm.* 25e part. § 1234. — Zimmern, t. I, § 160, 161.

3) Enfin, Tigerstrœm, t. I, § 23-29, § 35-37 s'est déclaré contre ces deux opinions : d'après lui, la femme conserve la propriété de la dot, et le mari n'en acquiert que l'usufruit et l'administration. Une opinion semblable est déjà professée par Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 4.

[4] Fr. 7, pr.; fr. 10, § 3, D. XXIII, 3. — Const. 20, C. V, 12. Il acquiert les fruits comme propriétaire, par la force de l'accession; il n'a pas besoin d'en faire la perception. fr. 78, pr. D. ibid.

[5] Const. 1, 2, C. V, 20.

[6] Fr. 4, D. XXIII, 3. Elles lui appartiennent, comme la dot elle-même, dont elles font partie, et avec laquelle il doit les restituer. fr. 10, § 1-3; fr. 69, § 9, D. XXIII, 3. — Const. 1, § 9. C. V, 13.

[7] Sur les *res dotali pecunia comparatæ*, v. fr. 26, 27, 32, 54, D. XXIII, 3. — fr. 22, § 13 in fine, D. XXIV, 3. — Const. 12, C. V, 12. — Const. 7, C. VII, 8. — Glück, 8e part. p. 167 et suiv., énumère de la manière la plus complète les opinions le plus souvent fausses des anciens jurisconsultes.

[8] Fr. 10. § 1; fr. 63, D. XXIII, 3. — fr. 58, D. XXIV, 3. — fr. 3, pr. D. XXIII, 3.

[9] Fr. 1, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 62, D. XLI, 1. — Il va sans dire que l'action *dotis*, en restitution de la dot, a également lieu contre les héritiers du mari. Lorsque la dot n'était pas constituée au mari lui-même, mais à son père de famille, elle ne passait pas, après la mort de ce dernier, à ses héritiers, mais au mari lui-même; c'est ce qu'expliquent déjà la nature et la destination de la dot. fr. 56, § 1. 2, D. XXIII, 3. — fr. 58, D. XXXV, 2. — fr. 20, § 2; fr. 46; fr. 51, pr. D. X, 3.

[10] Const. 11, C. V, 12. — Const. 9, C. III, 32. — fr. 24, D. XXV, 2. S'ils tombent dans des mains étrangères et si le mari ne les revendique pas, la prescription commence à courir du moment où la femme peut elle-même faire valoir ses droits. Const. 30, C. V. 12.

[11] Fr. 3, § 1, D. VI, 2. Si une chose d'autrui lui a été constituée en dot, il peut l'usucaper à titre de dot, *pro dote*. Gajus, II, 63. — fr. 67, D. XXIII, 3. — Dig. XLI, 9. — Code, VII, 28.

[12] Pr. J. II, 8. — fr. 42, D. XXIII, 3. — Il a par conséquent le droit d'affranchir les esclaves dotaux. Const. 3, C. V, 12. — Const. 1, 7, C. VII, 8.

[13] Fr. 13, § 4, D. XXIII, 3. — fr. 1, § 10; fr. 7; fr. 13. D. XXXIII, 4. — Const. 12, C. V, 3.

[14] Const. 2, C. IV, 10.

[15] Gajus, II, 63. — Pr. J, II, 8 et Théophile sur ce passage. — Dig XXIII, 5. — Code, V, 23. — Const. un. § 15, C. V, 13. La défense ne s'étend pas à l'aliénation nécessaire. Const. 2, C. V, 23. — V. en général : R. Hommel, *Diss. de fundo dotali ejusque alienatione*. Lips. 1786. — Glück, *Comm.* 25e part. § 1250.

[16] Fr. 10, § 6, D. XXIII, 3. — fr. 11, D. XXIII, 3. — Const. un. § 15, C. V, 13. Excepté lorsque la femme s'est réservé, lors de la taxation, le choix de se faire restituer, à la dissolution du mariage, le fonds ou sa valeur. Const. 1, C. V, 23.

par le mari, lorsque la loi le lui défend, peut être attaquée par la femme, du moment où elle-même ou ses héritiers ont le droit de demander la restitution de la dot, comme nulle et de nul effet; elle peut revendiquer le fonds [1], mais ni le mari, ni ses héritiers n'en ont le droit, aussitôt qu'ils veulent le faire dans leur propre intérêt, et notamment lorsque après la dissolution du mariage, ils acquièrent la dot [2]; mais le mari, lorsque l'intérêt de la femme l'exige, est autorisé à attaquer l'aliénation qu'il a faite de la dot; car autrement il ne pourrait la restituer [3]. Enfin, si la femme elle-même devenait héritière du mari, elle ne pourrait attaquer l'aliénation illégale qu'autant que la succession du mari ne la satisferait pas de sa dot [4].

§ 557. 6. *Des devoirs du mari quant à la dot.*

Les devoirs du mari quant à la dot consistent, pendant le mariage, en ce qu'il doit employer pour le bien du mariage les revenus de la dot, et en ce qu'il est tenu de supporter les charges et les frais nécessaires à l'acquisition des fruits; car, durant le mariage, tous les avantages de la dot lui profitent [5]. Si le mari ne portait pas assez de soins dans l'administration de la dot, la femme aurait le droit de demander des mesures conservatoires [6]; elle pourrait même, s'il y avait péril imminent de perte, exiger la restitution de la dot pendant le mariage [7].

§ 558. 7. *De la restitution de la dot.*

a. *Des personnes qui peuvent la demander.*

Après la dissolution du mariage, les droits du mari sur la dot viennent à cesser et celle-ci doit être restituée [8].

1. Si le mariage est dissous par la mort de la femme, le père ou l'aïeul paternel a le droit de faire restituer la *dot profectice* qu'il a constituée, lors même qu'il ne se serait pas réservé le droit de retour et sans avoir égard ni à la puissance paternelle, ni aux enfants issus du mariage [9]. Cette règle subit néanmoins une exception, si, lors de la constitution de la dot, il a été convenu que le mari la retiendrait à la mort de la femme [10]. La *dot adrentice* se transmet aux héritiers de la femme, à moins que le tiers qui l'a constituée n'en ait stipulé le retour (§ 554) [11].

2. Si le mariage est dissous du vivant de la femme, toute dot lui revient en droit nouveau [12], excepté lorsque le tiers constituant a stipulé qu'elle lui serait restituée, ou lorsque la femme l'a consommée.

Il existe quelques cas, notamment lorsque le mari tombe dans l'indigence, où la restitution de la dot *doit* déjà avoir lieu pendant le mariage [13]; dans d'autres cas, le mari est *libre* de la restituer pendant le mariage [14]; car, en thèse générale, il n'est pas loisible au mari de restituer la dot pendant le mariage, parce qu'on y verrait une donation à la femme, qui serait nulle [15].

§ 559. b. *De l'objet de la restitution.*

La nature de l'objet donné en dot est le premier point à examiner pour résoudre la question de savoir ce qui doit être restitué comme dot [16].

A. Si la dot consiste en une somme d'argent ou en quantités, le mari doit restituer, à la dissolution du mariage, une égale somme d'argent ou des quantités de même qualité, puis-

[1] Const. 30 in fine, C. V, 12. — fr. 13, § 3, D. XXIII, 5.
[2] Fr. 17. D. XXIII. 5. — Arg. fr. 17, D. XXI, 2. — fr. 3, D. XXI, 3. — Const. 14, C. VIII, 45.
[3] Arg. const. 16, C. V. 71 et const. 1, C. VI, 60.
[4] Fr. 13, § 4, D. XXIII, 5. — fr. 77, § 5, D. XXXI.
[5] Fr. 3, § 1; fr. 13; fr. 16, D. XXV, 1.
[6] Fr. 22, § 8, D. XXIV, 3.
[7] Fr. 24, pr. D. eod.
[8] Ulpien, VI, § 4-7. — Dig. XXIV, 3. — Code, V, 13 et 18. — Glück, *Comm.* 27e part. § 1273
[9] Fr. 6. pr D. XXIII, 3. — Const. 4, C. V, 18. Ce point était déjà en discussion entre les glossateurs Bulgarus et Martinus. — Si la dot provient de l'aïeul décédé à l'époque de sa restitution, elle revient au père ou au mari. fr. 79, pr. D. XXIII, 3. — fr. 6, D. XXXVII, 6. — fr. 7, § ult. D. XV, 3.
[10] Fr. 12, pr. D. XXIII. 4. — fr. 48, D. XXIV, 3. — fr. 17, D. XXIII, 5. — Const. 6, C. V, 14.

[11] Const. un. § 6, 13, C. V, 13. — Sur l'ancien droit, v. Ulpien, VI, 5. — fr. 22, pr.; fr. 29, § 1, D. XXIV, 3.
[12] Const. un. § 11, C. V, 13. — Sur l'ancien droit : Ulpien, VI, 6. — fr. 2, D. XXIV, 3. — La dot profectice appartient également à la femme; const. un. § 11 cit., et le père ne peut la redemander au mari que du consentement de la femme. Const. un. § 14, C. ibid.
[13] Fr. 24, pr. D. XXIV, 3. — Const. 29, C. V. 12. — Const. 1, C. V, 17. — Nov. 97, ch. 6. — Dans ces cas, les revenus de la dot doivent, comme auparavant, être employés au bien-être du mariage et à l'entretien du mari et de la femme; les créanciers du mari n'y peuvent avoir aucune prétention. Const. 29. C. cit.
[14] Fr. 20, D. XXIV, 3. — fr. 73, § 1, D. XXIII, 3.
[15] Fr. 28, D. XXIII, 4. — Const. un. C. V. 19. — Const. 20, C. V, 12. — Glück, *Comm.* 27e part. § 1276, *a*, *b*.
[16] F. G. L. de Meyerfeld, *Disp. de quibusdam quæ de dote actione reddenda sint.* Marb. 1826.

que, pendant le mariage, ces choses étaient à ses risques et périls [1].

B. Si d'autres choses, meubles ou immeubles, ont été constituées en dot, il faut distinguer :

1. Si elles lui ont été estimées *venditionis causa*, on présume que la dot lui a été vendue, si autre chose n'a été expressément convenu (§ 554). Celle-ci est, à la vérité, à ses risques et périls pendant le mariage, mais à sa dissolution, il a le choix, ou de rendre la chose elle-même, *in specie*, ou d'en donner l'estimation en argent [2].

2. Mais si les biens dotaux lui ont été donnés sans estimation, ou du moins s'ils n'ont pas été estimés *venditionis causa*, les droits et obligations sont les suivants :

a) Il doit restituer les choses dotales elles-mêmes *in specie*; il répond du dol, de la faute, et doit leur donner les mêmes soins qu'à ses propres affaires (*diligentia quam in suis rebus*); il n'est pas tenu du dommage fortuit [3]. Dans le cas où il aurait valablement aliéné les biens dotaux, il doit en restituer la valeur [4].

b) Avec la chose principale, il est tenu de restituer toutes les accessions qui y ont été jointes pendant le mariage [5].

c) Quant aux fruits, il est de principe général que le mari a droit à tous ceux qui ont été produits pendant le mariage. Ainsi, si le mariage a subsisté pendant plusieurs périodes de fruits, ceux-ci appartiennent tous au mari et il ne doit point les restituer ; mais si le mariage a commencé ou cessé dans le cours d'une période de fruits, il n'aura qu'une part de ces derniers, proportionnelle au temps que le mariage a subsisté dans cette période ; l'autre part appartient à la femme ou à ses héritiers, peu importe que la perception en ait été faite par le mari ou par la femme [6].

d) D'un autre côté, le mari a le droit d'exiger la restitution des impenses faites pendant le mariage, pour l'administration des biens dotaux [7] ; la loi lui accorde, pour les impenses nécessaires, un droit de rétention et de compensation (*impensæ necessariæ ipso jure dotem minuunt*), et après la restitution de la dot, il a la condiction *indebiti* ou *sine causa ;* pour les impenses utiles, la loi ne lui reconnaît que l'action de mandat ou l'action contraire de gestion d'affaires, et pour les impenses voluptuaires, le droit de les enlever (*jus tollendi*) [8].

C. Lorsque la dot consiste dans un droit réel concédé à titre de dot, celui-ci cesse à la dissolution du mariage [9].

D. Si une créance a été donnée en dot, elle doit être recédée pourvu qu'elle existe encore à la dissolution du mariage ; sinon le mari doit en donner la valeur.

E. La dette dont le mari a été libéré à titre de dot revit [10], et lorsque l'on a renoncé, en faveur du mari, *dotis nomine*, à un droit déféré, ce droit ou son objet doit être restitué à la femme, lors de la dissolution du mariage [11].

§ 560. c. *De l'action en restitution de la dot.*

Relativement à l'action dirigée contre le mari et ses héritiers en restitution de la dot, l'ancien droit distinguait le cas où le père de la femme et la femme elle-même avaient expressément stipulé la restitution, et celui où ils ne l'avaient pas stipulée. Dans le premier cas, la loi leur reconnaissait l'action *ex stipulatu de dote reddenda*, qui était le droit strict ; le mari était tenu de restituer tout ce qu'il avait reçu, lors même qu'il tombait par là dans l'indigence ; dans le second cas, au contraire, la loi leur accordait l'action *rei uxoriæ a. dotis*, qui était une action de bonne foi, et le mari ne pouvait être obligé au delà de ses facultés (*in quantum facere potest*). Le tiers qui avait stipulé que la

---

[1] Fr. 41, § 4 ; fr. 42, D. XXIII, 3.

[2] Fr. 10, pr. D. ibid. — fr. 9, § 3, D. XX, 4. — Const. 5, C. V, 12. — Const. un. § 9, 15, C. V, 13.

[3] Fr. 17, pr. D. XXIII, 3. — fr. 18, § 1 ; fr. 24, § 5 ; fr. 25, § 1 ; fr. 66, pr. D. XXIV, 3.

[4] Arg. fr. 54, D. XXIII, 3 et const. 12, C. V. 12.

[5] Fr. 10, § 1-3, D. XXIII, 3. — Const. 1, § 9, C. V, 13.

[6] Fr. 7, § 1, D. XXIII, 3. — fr. 5 ; fr. 6 ; fr. 7, pr., § 1, 2, 3, 6, 7. 8 suiv. ; fr. 25, § 4 ; fr. 31, § 4, D. XXIV, 3. — Const. un. § 9, C. V, 13. — Sur la computation de la portion du mari, d'après le fr. 7, § 1, D. XXIV, 3, *v.* Cujas, *Ad Pauli Sent. rec.* II, 22, § 1 ; *Ad Papiniani Quæst.* XI ; *Observat.* XIV, 22. — *Comm. jur. civ.* II. 8, c. 10. n° 8. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 7. — Surtout : Ed. Schrader, *De divisione fructuum dotis.* Helmst. 1805. — Glück, *Comm.* 27e part. § 1276, *d-k.* — Kübel. *De dotis fructibus soluto matrimonio dividendis.* Tubingæ, 1841.

[7] Ulpien, VI, 14-17. — Dig. XXV, 1. — C. Valett, *Diss. retentionibus ex dote faciendis.* Gœtt. 1820. — C. G. Biener, *Interpr. et resp. cap.* 18 *de impensarum in res dotales factarum repetitione.* Lips. 1824.

[8] § 37, J. IV, 6. — fr. 56, § 3, D. XXIII, 3. — fr. 5, pr., § 1, 2 ; fr. 7, § 1 ; fr. 8-11, pr. D. XXV, 1. — fr. 7, § 16, D. XXIV, 3. — Const. un. § 5, C. V, 13. — Glück, *Comm.* 27e part. § 1280.

[9] Sur la restitution d'un usufruit constitué en dot, *v.* fr. 37, D. XXIV, 3. — fr. 66 ; fr. 78, § 2, D. XXIII, 3. — G. de Zahn, *Diss. illato ab uxore vel ejus nomine usufructu quid maritus vel ejus heres restituat?* Lips. 1832.

[10] Fr. 12, § 2 ; fr. 43, pr. D. XXIII, 3.

[11] Fr. 14, § 3, D. XXIII, 5.

dot lui retournerait, n'avait dans tous les cas que l'action *ex stipulatu* [1].

D'après le droit de Justinien, la femme, ses héritiers et son père, peuvent toujours se faire restituer la dot par une action *ex stipulatu*, même lorsque aucune stipulation *de reddenda dote* n'était intervenue; Justinien ordonna que cette action *ex stipulatu*, de même que l'action *rei uxoriæ*, serait toujours regardée comme action de bonne foi. Il s'ensuit que le mari ne peut être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés, mais il doit promettre de payer plus tard ce qu'il restitue en moins, si sa position devient meilleure [2]. Le tiers qui a constitué une dot n'a d'action en restitution que dans le cas où il s'est expressément réservé le droit de retour [3].

§ 561. d. *De l'époque de la restitution.*

Lorsqu'il s'agissait de l'époque où la dot devait être restituée, l'ancien droit faisait une distinction entre celle dont on pouvait poursuivre la restitution par l'action *ex stipulatu*, et celle qui pouvait être répétée au moyen de l'action *rei uxoriæ*. Dans le premier cas, la dot entière pouvait être immédiatement redemandée après la dissolution du mariage, même s'il ne restait plus rien au mari; dans le second cas, le mari n'était tenu de restituer les quantités qu'il avait reçues qu'en trois termes annuels (*annua, bima, trima die*); toutes les autres choses devaient être restituées immédiatement après la dissolution du mariage, mais le mari ne pouvait être condamné que jusqu'à concurrence de ses facultés [4].

D'après la disposition de Justinien, les immeubles dotaux doivent être restitués immédiatement à moins de convention contraire. Quant aux meubles, auxquels appartiennent également les quantités, il faut examiner s'ils donnent un revenu déterminé à prester par un tiers, ou si le mari les a employés pour ses propres affaires ou son industrie. Dans le premier cas, les revenus de l'année dans laquelle le mariage cesse, doivent être partagés proportionnellement au temps, entre le mari et la femme ou ses héritiers; dans le second cas, il ne les restitue qu'après l'année écoulée. Le mari ou ses héritiers en demeure de restituer la dot à l'époque fixée, paient 4 % d'intérêts [5].

§ 562. e. *De la garantie de la femme pour assurer la restitution de la dot.*

A l'exception de la prohibition que l'ancien droit avait faite d'aliéner l'immeuble dotal, il n'avait donné que peu de sûretés à la femme pour assurer la restitution de la dot. Si la femme ne s'était pas, dans ce but, fait constituer d'hypothèque par le mari, elle n'avait, en cas de concours, qu'un privilége essentiellement personnel (*privilegium exigendi*) sur les créanciers chirographaires [6].

Mais Justinien lui donna peu à peu plus de sûretés :

1. Il ordonna d'abord, en 528 [7], que dans le cas où la femme serait autorisée à demander la restitution de la dot pendant le mariage, à cause de la déconfiture du mari (§ 558 *in fine*), et à s'en tenir aux biens de celui-ci conventionnellement hypothéqués à cet effet, elle pourrait, lorsqu'elle se trouve en possession de ces biens, non-seulement opposer une exception aux créanciers hypothécaires postérieurs, mais même intenter l'action hypothécaire contre les possesseurs des biens à elle hypothéqués, si leur droit n'était pas antérieur et plus favorable; Justinien ne voulut pas qu'on pût, dans ce cas, opposer à la femme l'exception que le mariage n'était pas dissous.

2. Ensuite, par une constitution portée en 529, Justinien prescrivit [8] :

a) Que la femme pourrait revendiquer comme sa propriété (*quasi suas proprias*), au moyen d'une action réelle, tous les biens dotaux existants à la dissolution du mariage, meubles ou immeubles, estimés ou non, et qu'aucun créancier ne la primerait par son hypothèque.

b) Que la femme aurait sur les biens dotaux une hypothèque légale, et le choix de revendiquer la chose au moyen d'une action réelle ou de l'action hypothécaire, et qu'elle primerait par

[1] Const. un. C. V, 13.

[2] Const. un. § 7, C. V, 13. — § 37, J. IV, 6. — C. L. E. Stemann, *Diss. de veteris dotis actionum, rei uxoriæ atque ex stipulatu, differentiis*. Kiliæ, 1826.

[3] Const. un. cit. § 13.

[4] Sur cet ancien droit, v. Ulpien, VI, 8. — *Fragm. Vaticano*, § 94-122.

[5] Const. un. § 7, C. V, 13. — Schrader, *De div. fructuum dotis*, § 27. — Glück, *Comm*. 27e partie, § 1276.

[6] Fr. 17, § 1, D. XLII, 5. — fr. 74, D. XXIII, 3. — Const. un. C. VII, 74.

[7] Const. 29, C. V, 12. — Cpr. fr. 24, pr. D. XXIV, 3. — Const. 30 in fine, C. V, 12. — Nov. 97, ch. 6.

[8] Const. 30, C. V, 12. On explique cette constitution de différentes manières : les uns laissent à la femme le choix entre l'action *in rem* et l'action hypothécaire; les autres prétendent que la femme n'a que l'action hypothécaire pour assurer ses reprises.

cette dernière tous les autres créanciers hypothécaires du mari.

e) Enfin, il voulut que toute prescription, quant à ces deux actions, ne commençât à courir que du temps où la femme aurait pu les intenter.

3. En 530, Justinien accorda à la femme, pour sûreté de la dot, une hypothèque légale générale sur les biens du mari ; cette hypothèque, qui était également donnée aux héritiers de la femme et à son père, dans le cas où ils ont le droit d'exiger la restitution de la dot, ne s'étendait pas au tiers qui l'avait constituée, et ne primait pas les créanciers hypothécaires antérieurs et plus favorisés [1].

4. Enfin, Justinien prescrivit, en 531, que la femme, mais elle seule, aurait, par cette hypothèque, un privilège sur tous les autres créanciers gagistes ou hypothécaires du mari [2].

§ 563. B. *De la donation à cause du mariage.*

A côté de la dot, nous trouvons, en droit romain, une espèce de donation appelée autrefois *donatio ante nuptias* ou *antenuptialis*, et à laquelle Justinian donna le nom de *donatio propter nuptias* ou *antipherna* [3]. En effet, lorsque la femme avait constitué une dot, et qu'en vertu du contrat de mariage, le mari, en cas de survie, la gardait soit en totalité, soit en partie, il était exigé, pour établir une certaine compensation de droits entre les deux époux, que le mari constituât de son côté certains biens dont la femme devait profiter en cas de survie, et dans les mêmes circonstances que le mari profitait de la dot ; ces biens, qui pouvaient d'ailleurs provenir soit du mari lui-même, soit de son père, soit d'un tiers, s'appelaient *donatio propter nuptias* [4].

Nous avons à cet égard à présenter les observations suivantes :

1. D'après les dispositions de Justinien, la quantité de ces biens devait être la même que celle qui était assurée au mari en cas de décès de la femme, et elle devait être majorée dans la même proportion que la dot [5].

2. La donation à cause du mariage fait partie des biens du mari [6] qui l'administre durant le mariage et en perçoit les fruits, qu'il doit appliquer toutefois au profit du mariage. Il ne lui est pas permis d'aliéner, d'engager ou d'hypothéquer les immeubles qui font partie de la donation, même du consentement de la femme, à moins qu'elle ne le renouvelle après un laps de deux ans. La loi reconnaît également à la femme, pour assurer ses droits sur la donation, une hypothèque légale, mais non privilégiée, sur les autres biens du mari. Si le mari tombe dans l'indigence, la femme a le droit d'exiger la donation, de même que la dot, pendant l'existence du mariage ; mais elle ne peut l'aliéner et est tenue d'en appliquer les revenus au profit du mariage [7].

3. Après la dissolution du mariage, il faut distinguer :

a) Si le mariage est dissous par la mort de la femme ou par le divorce, le mari retient la donation, à moins que le tiers qui l'a constituée ne s'en soit réservé le retour [8], ou que le mari ne succombe dans l'instance du divorce ; dans ce cas, il encourt la peine de perdre la donation, qui est acquise à la femme [9].

b) Si, au contraire, le mariage est dissous par la mort du mari, le contrat de mariage assure la donation à la femme. Néanmoins s'il existe des enfants du mariage, la femme n'acquiert que l'usufruit des biens qui font l'objet de la donation, tandis que la nue propriété en revient aux enfants [10] ; mais s'il n'y a point d'en-

[1] Const. un. § 1, 3, 4, 11, 13, C. V, 13.

[2] Const. 12, C. VIII, 18. — Cpr. Nov. 97, ch. 2, 3. — Nov. 109, ch. 1.

[3] § 3, J. II, 7, et Théophile, sur ce passage. — Code, V, 3, et les constitutions et novelles indiquées dans les notes suivantes. — Les opinions des jurisconsultes sont d'ailleurs très-divisées sur la notion, le but et tout l'ensemble de la donation à cause du mariage. *V.* C. F. J. Schorch, *Diss. de donatione propter nuptias romana ejusque origine.* Erford. 1757. — Le même, *Pr. I-IV jurium donationis pr. nupt. rom. historiae delineatio.* Erford. 1787-1800. — A. G. Ferster, *Diss. de origine atque propagatione donationis ante nuptias.* Vratisl. 1812. — G. Koch, *Diss. de donatione propter nuptias.* Lips. 1818. — Glöck. *Comm.* 25e part. § 1242.

[4] Const. 9, C. V, 14. — Const. 19, 20, C. V, 3.

[5] Nov. 22, ch. 20. — Nov. 97, ch. 1, 2. — Nov. 98, ch. 2.

[6] D'autres la rangent, au contraire, parmi les biens de la femme ; mais *v.* la Nov. 61, ch. 1.

[7] Nov. 61, ch. 1. — Nov. 109, ch. 1.

[8] Const. 18, C. V, 3. — Const. 31, § 1, C. V, 12. — Nov. 22, ch. 20, § 1.

[9] Const. 8, § 4, 5, 7 ; Const. 11, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 8, 9, 18. — Nov. 53, ch. 6. — Nov. 117, ch. 9, § 4, 5 ; ch. 13.

[10] Autrefois il n'en était ainsi que dans le cas où la femme convolait en secondes noces. Const. un. in fine, C. V, 10. — Nov. 22, ch. 32, 33. Mais d'après des dispositions postérieures, la nue propriété en doit revenir aux enfants immédiatement après la mort du mari. Nov. 98, ch. 1. — Nov. 127, ch. 3. — Nov. Leon. 20.

fants, la femme en acquiert la pleine propriété et la libre disposition [1].

§ 564. C. *Des biens paraphernaux.*

Tous les biens de la femme qui ne sont pas *dotaux* se nomment *paraphernaux* (*parapherna*) [2]; ils sont et restent la propriété illimitée de la femme; elle peut donc également aliéner les choses qui en font partie, meubles ou immeubles, et le mari n'a sur ces biens d'autres droits que ceux que la femme veut bien lui accorder [3]. Elle peut lui en transférer la propriété [4] ou seulement le charger de l'administration (*res in parapherna datæ*). Dans le premier cas, le mari acquiert tous les droits d'un vrai propriétaire; dans le second cas, il est tenu de rendre compte de son administration [5] et de réparer le dommage causé à dessein ou par imprudence. Sous ce rapport, il est tenu d'apporter aux paraphernaux de sa femme les mêmes soins qu'il donne ordinairement à ses propres affaires [6], et la femme a, pour sa garantie, une hypothèque légale, mais non privilégiée, sur tous les biens du mari (§ 348) [7].

§ 565. D. *Des conventions matrimoniales* [8].

Les époux déterminent très-souvent d'une manière plus spéciale, par des conventions matrimoniales, contrats de mariage (*pacta dotalia s. nuptialia*), leurs droits quant aux biens [9]; ces conventions peuvent être conclues aussi bien avant la célébration du mariage qu'après [10], mais il faut, dans le premier cas, qu'elles soient effectivement suivies du mariage [11]. Ordinairement, elles sont rédigées par écrit (*instrumenta dotalia*) et servent alors à prouver toutes les conventions que les parties contractantes ont faites à l'égard de la dot et, en général, relativement à leurs biens. Cependant il n'est ni nécessaire qu'elles soient faites par écrit [12], ni requis qu'elles soient insinuees, lorsqu'elles ne contiennent point de donation [13]. Elles ne doivent contenir rien de contraire au but du mariage, à la considération du mari ni à la dignité de la femme, à la destination de la dot, ni rien qui puisse restreindre ou mettre en péril les droits de l'un ou de l'autre époux sur la dot et la donation nuptiale [14]. Néanmoins, la convention par laquelle le mari garderait la dot en cas de décès de la femme, est valable [15].

§ 566. E. *Des donations entre époux* [16].

Les donations que se font les époux pendant le mariage sont nulles, mais elles deviennent valables si le donateur décède pendant le mariage sans les avoir révoquées [17]. Le donateur, mais non ses héritiers, peut en tout temps révoquer la donation et non-seulement se refuser à l'exécution de sa promesse, mais même répéter ce qu'il a déjà donné; la loi lui accorde à cet effet, si les biens sont encore en nature, l'action en revendication; dans le cas contraire,

[1] Const. 29. C V. 12. — Const. 9, 10, C. V, 14. — Const. 20, C. V, 3. — Const. 7. 8, C. V, 9. — Nov. 2, ch. 2. — Nov. 22, ch. 26. — Nov. 97, ch. 1, 2.

[2] Hulder ad Eyben, *De jure paraphernorum* : dans ses *Opera*, ed. Hert, Argentor. 1708, p. 307. — Glück, *Comm.* 25e part. § 1240.

[3] Const. 8. 11, C. V, 14.

[4] Fr. 9, § 2, 3, D. XXIII, 3. Les paraphernaux ne se changent pas par là en dot, car la volonté de les constituer en biens dotaux leur manque (*animus dotis constituendæ*).

[5] Fr. 95, pr. D. XXXV. 2.

[6] Const. 11, C. V, 14. — Const. 21, C. II, 13.

[7] Const. 11. C. V. 14.

[8] Dig. XXIII, 4. — Code, V, 14. — Glück, *Comm.* 25e part. § 1241.

[9] Quelquefois on distingue les *pacta nuptialia*, qui règlent les rapports personnels des époux et des enfants, et les *pacta dotalia* qui ont trait à leurs biens.

[10] Fr. 1, pr.; fr. 12. § 1; fr. 20, pr. D. XXIII. 4.

[11] Fr. 4, § 2, D. II, 14. — fr. 21, 68, D. XXIII, 3.

[12] Const. un. pr. C. V, 13 : « sive scripta fuerit stipulatio, sive non. » — Const. 15, C. V, 12. — Les grands dignitaires et les personnes illustres ont seuls l'obligation, d'après le droit de Justinien, de faire un contrat de mariage écrit. Nov. 117, ch. 4, 6. — La légitimation des enfants naturels par subséquent mariage de leurs parents, requiert des contrats de mariage écrits. § 13, J. I, 10. — Const. 6, 7, 10, 11, C. V, 27. — Nov. 89, ch. 8.

[13] Const. 25, C. V, 16. — Nov. 127, ch. 2.

[14] *Consult. vet. Jcti.* § 4. et Paul. *Sent. rec.* I, 1, 6. « Functio dotis pacto mutari non potest. » Par exemple : fr. 27, § 2 D. II, 14. — fr. 2; fr. 4, pr ; fr. 12, § 1; fr. 3, § 1, 2; fr. 6; fr. 14-17, D. XXIII, 4. — fr. 14, § 1, D. XXIV, 3. — Const. 3, 6, 9, 10, C. V, 14. — Nov. 97, ch. 1.

[15] Fr. 12, pr.; fr. 26, § 2, D. XXIII, 4. — Const. 6, C. V, 14.

[16] Dig. XXIV, 1. — Code, V, 16. — S. Gentilis, *De donationibus inter virum et uxorem*. Francof. 1606; et *Oper.* t. IV. — J. F. De Retes, *De donationibus inter virum et uxorem*; dans Meerman, *Thes.* t. VI, p. 663. — H. F. Hake, *Diss. de donationibus inter virum et uxorem non ipso jure nullis*. Helmst. 1752. — J. H. Bœhmer, *Exerc. ad Dig.* t. IV, n° 72. — Glück, *Comm.* 25e part. § 1253; 26e part. à § 1258.

[17] Fr. 3. § 10; fr. 32; fr. 33, § 2, D. XXIV, 1. — Const. 10, C. V, 16.

la condiction *sine causa*, pour autant que le donataire se trouve enrichi au moment de la *litis-contestatio* [1]. S'il décède avant le donataire, sans avoir révoqué la donation, celle-ci devient valable; si, au contraire, le donataire meurt avant le donateur, la donation est et reste nulle de plein droit, même sans révocation; enfin, s'ils décèdent tous deux en même temps, le donateur est, dans le doute, réputé mort le premier et la donation subsiste [2]. Mais ce principe ne s'applique :

1. Qu'aux donations pleinement exécutées, et nullement à la simple promesse de donation qui, quoique non révoquée, ne devient pas valable par la mort du donateur et ne produit aucune action contre ses héritiers [3].

2. Qu'aux *donations* entre époux, et nullement à d'autres conventions faites entre eux, à moins qu'elles ne contiennent en tout ou en partie une donation déguisée [4].

3. Enfin, ce principe ne s'applique qu'aux donations *entre époux* et nullement à des donations que se font des fiancés ou des personnes qui vivent en concubinage, ou à celles que l'on fait après la dissolution du mariage [5]. Il importe d'ailleurs peu que les époux se fassent directement donation ou que la femme fasse une donation à une personne qui se trouve sous la puissance du mari [6].

Néanmoins, il existe quelques donations entre époux valables et irrévocables dès leur principe. Telles sont celles où le donataire ne devient pas plus riche ni le donateur plus pauvre [7]; telle est la donation faite à l'avantage du ménage ou dans le but de parvenir à une dignité [8]; tels sont encore les cas où la donation est de peu de valeur [9]; où elle est faite pour le rétablissement d'un bâtiment [10]; telles sont enfin les donations rémunératoires [11], celles qui sont faites en vue d'un divorce [12], et celles que se font le prince et l'impératrice [13].

CHAPITRE III.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

§ 567. I. *Généralités.*

Le mariage se dissout :

1. Par la *mort* et par la diminution de tête de l'un des époux [14].

2. Par *empêchement au mariage* survenu pendant son existence, ce qui arrivait notamment en droit romain, lorsqu'une inégalité de condition [15] ou une parenté trop proche intervenait entre les époux; par exemple, lorsque quelqu'un adoptait son gendre avant d'avoir émancipé sa fille [16].

3. Par le *divorce*, dont nous parlerons ici plus au long.

§ 568. II. *Du divorce* [17].

On appelle *divorce* (*divortium*), la dissolu-

[1] Fr. 5, § 18; fr. 6; fr. 7, pr.; fr. 31, § 2; fr. 55, ibid.

[2] Const. 6, C. V, 16. — Const. 25, C. ibid. — fr. 1, § ult. D. XLI, 6. — fr. 32, § 14, D. XXIV, 1. — fr. 26, D. XXXIX, 6. — fr. 5, D. XXXIV. 5.

[3] *Frag. Vat.* § 276, 294 in fine. — fr. 23, D. XXIV, 1. — fr. 32, § 2, ibid. « — heredem vero *eripere*. » Beaucoup d'auteurs professent une opinion différente, à cause des fr. 33, ibid. — Const. 2. C. V, 15. — Const. 35, C. VIII, 54, et Nov. 162, ch. 1 (non glosée); surtout Glück, *Comm.* 26e part. p. 215.

[4] Fr. 5, § 5, 6, 7; fr. 7, § 5; fr. 52, D. XXIV, 1.

[5] Fr. 5, pr.; fr. 27, 64, 65, D. XXIV, 1. — fr. 31, D. XXXIX, 5.

[6] Fr. 3, § 2-6; fr. 5, § 2; fr. 32, § 20, 21. D. XXIV, 1. — Const. 4, 5, C. V, 16. — F. C. A. Trützsler, *Diss. de donatione inter conjuges per olium facta prohibito.* Jenæ, 1771.

[7] Fr. 5, § 8-12, 16; fr. 8-9, pr.; fr. 5; fr. 32, § 14, D. XXIV, 1. Tel est aussi le cas où l'un des époux refuse un bénéfice en faveur de l'autre. fr. 5, § 13-15; fr. 31, § 7, D. ibid.

[8] Fr. 31, § 10; fr. 40-42, D. ibid. — Ulpien, VII, 1.

[9] Fr. 7. § 1, 2; fr. 31, § 8, 9, D. ibid.

[10] Fr. 14, D. ibid.; mais telle n'est pas la donation faite pour la construction d'une maison nouvelle. fr. 13, § 2. ibid.

[11] Glück, *Comm.* 26e part. p. 194, 199.

[12] Fr. 11, § 11; fr. 12; fr. 60, § 1, fr. 60, ibid.

[13] Const. 26, C. V, 16.

[14] Fr. 1, D. XXIV, 2.

[15] Néanmoins, ce point était déjà en discussion du temps d'Ulpien; Justinien abolit cette espèce de dissolution par la const. 28, C. V, 4.

[16] § 2, J. I, 10. — fr. 67, § 3, D. XXIII, 2.

[17] Dig. XXIV, 2. — Code, V, 17. — Nov. 22, ch. 4-19. — Nov. 117, ch. 8-14. — Nov. 123, ch. 40. — Nov.

tion d'un légitime mariage [¹], qui s'opère du vivant des époux par la volonté de tous deux ou de l'un d'eux. En cette matière, les Romains partaient du principe, que le mariage, d'après sa nature morale, considéré comme une libre union des époux pendant toute la vie, devait également cesser par leur volonté, lorsque les deux époux ou l'un d'eux ne se sentait plus destiné à une pareille communauté. Lorsque les deux époux s'accordaient sur la dissolution du mariage, ils pouvaient se séparer volontairement; c'est ce qui s'appelait *divortium facere, bona gratia discedere* [²]. La renonciation au mariage faite par l'un des époux était également admissible, soit de la part du mari, soit de la part de la femme, et c'est ce qu'on appelait *repudium mittere*. Autrefois, cette répudiation était permise sans que l'époux qui voulait rompre l'union eût besoin de donner des raisons particulières. Il était libre de se séparer en droit, quoique dans les temps antérieurs les mœurs aient rendu la répudiation très-difficile. Ce ne fut que sous Théodose et Valentinien que certaines causes de répudiation (*causæ repudii*) furent déterminées, et celui qui voulait dissoudre le mariage sans avoir un motif légitime, encourait, quant aux biens, certaines pénalités, de même que l'époux qui, par sa mauvaise conduite, donnait à l'autre une juste cause de répudiation.

Justinien confirma ces principes et les précisa en plusieurs points [³]. Du reste, chez les Romains, l'intervention d'un décret de séparation émané du magistrat n'était pas requise; toute séparation était et restait une affaire privée.

§ 569. III. *Des effets de la dissolution du mariage.*

A. *Quant à la personne des époux.*

La dissolution du mariage, soit par la mort de l'un des époux, soit par le divorce, a pour effet, quant à la personne des époux, de faire cesser tous les rapports personnels produits par le mariage (§ 549, 550). Chacun d'eux a la faculté d'en contracter un nouveau; néanmoins la veuve, aussi bien que la femme divorcée, ne peut convoler en secondes noces qu'après une année révolue depuis la dissolution du mariage précédent: aussi longtemps qu'elle ne se remarie pas, elle conserve le nom, le rang et l'état de son mari [⁴]. Lorsque la dissolution du mariage est la conséquence d'un divorce, l'époux innocent, s'il est dans l'indigence, a le droit d'exiger que l'époux contre lequel le divorce est prononcé lui fournisse des aliments en proportion de sa fortune; d'un autre côté, l'époux coupable qui est forcé d'abandonner, comme peine, tous ses biens à l'autre, a le droit de demander à celui-ci des aliments pour son entretien.

§ 570. B. *Quant aux biens des époux en général.*

Relativement aux biens des époux, la dissolution du mariage entraîne les conséquences suivantes:

A. Le mari est obligé de restituer la dot, si elle ne lui appartient pas pour le cas de prédécès de la femme, et ses droits sur les paraphernaux de la femme viennent à cesser.

B. Mais si le mariage est dissous par le divorce, celui-ci exerce en outre, en droit nouveau [⁵], les effets particuliers suivants sur les biens des époux:

1. Il éteint toute disposition de dernière volonté, faite pendant le mariage par l'un des époux en faveur de l'autre, de même que le droit de succession légale des époux [⁶], sans examiner par la faute duquel des deux le mariage est dissous; les contrats de mariage faits entre eux perdent leur validité [⁷], à moins qu'ils ne contiennent des dispositions qui pré-

---

127, ch. 4. — Nov. 134, ch. 11. — Nov. (non glosée) 140. — d'Avezan, *De matrimonio*, c. 39-43; dans Meerman, *Thes.* t. IV, p. 350. — G. A. Marche, *Hist. jur. civ. de divortiis*. Lips. 1794. — C. F. A. Wanmaar, *Diss. de divortiis et repudiis*. Gand. 1829. — C. Wæchter, *Ueber Ehescheidungen bei den Rœmern*, ou *Des divorces chez les Romains*. Stuttg. 1822. — Glück, *Comm.* 26ᵉ part. 1259. et suiv.

[¹] C'est par là que le divorce se distingue de la *déclaration de nullité* d'un mariage invalide.

[²] Fr. 2, 6, 9, D. XXIV. 2. — Cicéron, *Ad div.* VIII, 7. — Aulu-Gelle, IV, 3. — Heineccius, *Antiq. rom.* App. liv. I, § 48.

[³] Const. 8, C. V, 17. — Const. 10, 11, C. ibid.

[⁴] Fr. 22, § 1, D. L. 1. — Nov. 22, ch. 36.

[⁵] D'après l'ancien droit, si le divorce avait lieu par la faute de la femme, il existait des droits de rétention (*retentiones ex dote*), tant à cause des enfants (*propter liberos*) qu'à cause des mœurs (*propter mores*); et le mari, s'il était en faute, encourait aussi certaines peines relativement à la dot. Ulpien. IV, § 9-13. — Ce droit fut aboli par Justinien, dans la const. un. § 5, C. V, 13. — C. J. M. Valett, *De retentionibus ex dote faciendis*. Gœtt. 1820.

[⁶] Fr. 49, § 6, D. XXXII. — fr. un. D. XXXVIII, 11. — Nov. 117, ch. 5. verb. « *usque ad mortem*. »

[⁷] Arg. fr. 21, 68, D. XXIII, 3, et les passages de la note précédente.

voient le cas du divorce ; celles-ci conservent alors tous leurs effets [1].

2. Lorsqu'au contraire le divorce a lieu par la faute de l'un des époux seulement, soit pour cause d'adultère, soit pour tout autre délit, la femme coupable perd la dot qui passe au mari; le mari coupable perd, en faveur de la femme, la donation faite à cause des noces. Mais s'il n'y a eu ni constitution de dot, ni donation faite, les dispositions antérieures à Justinien prescrivaient qu'au lieu de la dot ou de la donation, l'époux innocent recevrait le quart des biens de l'autre, sans pouvoir néanmoins prétendre à une somme excédant cent livres d'or [2]. Mais d'après les dispositions de Justinien, lorsque aucune dot n'a été constituée, le mari ne doit plus avoir aucun droit sur le quart des biens de la femme qui a été cause de la séparation ; celle-ci, au contraire, lorsque le mari se sépare injustement d'elle, doit recevoir une portion virile s'il existe plus de trois enfants, soit d'un mariage antérieur, soit de celui qui se dissout, et dans tout autre cas, il lui accorde, comme antérieurement, le quart des biens du mari [3].

3. Lorsque le divorce a lieu pour cause d'adultère, la loi prononce, outre la peine comminée contre l'époux adultère, encore d'autres peines qui se rapportent aux biens. Ainsi :

a) Si les époux se séparent pour cause d'adultère du mari, celui-ci perd en faveur de sa femme, non-seulement la donation à cause des noces, ou s'il n'y en a pas eu, la portion de biens que la loi détermine, mais encore tous ses autres biens. Ceux-ci échéent à ses descendants ; à défaut de descendants, à ses ascendants jusqu'au troisième degré, et à défaut de ceux-ci, au fisc.

b) Si les époux se séparent pour cause d'adultère de la femme, celle-ci entre dans un couvent, perd sa dot qui passe au mari et doit lui donner, en outre, le tiers de la valeur de la dot, pris sur ses autres biens dont le reste revient partie à ses descendants et ascendants, partie au couvent; celui-ci prend d'ailleurs tous les biens, si la femme n'a ni descendants ni ascendants [4].

c) Enfin, lorsque le mari a faussement accusé sa femme d'adultère, celle-ci peut demander, pour ce motif, le divorce ; lorsqu'il n'existe pas d'enfants de leur union, elle est en droit d'exiger, outre la dot et la donation à cause des noces, le tiers de la valeur de cette dernière sur les biens du mari ; mais lorsqu'il y a des enfants, tout le reste de la fortune du mari leur appartient [5].

Au surplus, les peines que nous venons d'indiquer ne sont prononcées que lorsque la séparation a été causée par la faute de l'un des époux ; elles ne reçoivent aucune application lorsque les deux époux sont en faute [6].

§ 371. C. *Quant aux* lucra nuptialia *en particulier.*

On entend, en général, par *lucra nuptialia* tout ce que l'un des époux acquiert des biens de l'autre, soit avant soit au moment de la célébration du mariage, soit pendant le mariage, soit enfin à sa dissolution par la mort ou par le divorce ; peu importe que ces biens proviennent de la libéralité de l'autre époux, qu'il les acquière en vertu du contrat de mariage, ou qu'il les reçoive contre la volonté de l'autre époux, en vertu d'une disposition légale ; les *lucra nuptialia* comprennent donc également la dot et la donation à cause des noces, qui appartiennent à l'un des époux par la mort de l'autre, et tous les profits qu'il retire du divorce (*lucra ex divortio*) [7]. Les droits de l'époux sur les *lucra nuptialia*, après la dissolution du mariage, sont déterminés par l'existence ou la non-existence d'enfants. Dans ce dernier cas, il n'est restreint en rien ; tous les *lucra nuptialia* qu'il reçoit, il les a dans sa pleine propriété et en dispose librement [8]. Dans le premier cas, au contraire, il faut distinguer la législation qui précéda la Novelle 98, de celle qui la suivit :

1. Avant la Novelle 98, chaque époux, lors même qu'il existait des enfants issus du mariage, acquérait la pleine propriété de tous les *lucra nuptialia* et en disposait librement. Ce n'était qu'en contractant un second mariage,

[1] Nov. 134, ch. 10 in fine : « — ut per omnes casus viro pacta dotalibus illata instrumentis serventur. »

[2] Const. 8, § 4, 5, 7 ; const. 11, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 18. — Nov. 53, ch. 6. — Nov. 74, ch. 5. Ces peines d'ailleurs étaient appliquées, en droit romain, aussi bien pour le cas où l'un des époux donnait, par sa mauvaise conduite, des motifs légitimes de divorce, que pour le cas où l'un se séparait volontairement de l'autre.

[3] Nov. 117, ch. 5 in fine.

[4] Nov. 117, ch. 8, § 2 ; ch. 9, § 5 ; ch. 13. — Nov. 134, ch. 10.

[5] Nov. 117, ch. 9, § 4. — Glück, *Comm.* 27e partie, p. 9-93, donne toute la matière des peines de l'adultère.

[6] Fr. 39, 47, D. XXIV, 3.

[7] Const. 3, pr. C. V, 9. — Const. 11, § 1, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 30. — Nov. 98, ch. 2.

[8] Const. 3, § 1 in fine, C. V, 9. — Const. 11, § 1, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 22, pr. ; ch. 23, pr. — Nov. 98, ch. 2. — Nov. 117, ch. 13.

qu'il en perdait la propriété au profit des enfants du premier lit et il n'en conservait que l'usufruit sa vie durant [1]. Les enfants du premier lit avaient, pour sûreté de leurs droits sur la nue propriété, une hypothèque légale sur tous les biens de leur père [2].

2. Mais Justinien ordonna, par la Novelle 98, eh. 1, que la propriété de la dot et de la donation à cause des noces que l'époux survivant acquérait par la mort de l'autre, appartiendrait aux enfants immédiatement après la dissolution du mariage, et sans examiner si le survivant contracterait ou non un second mariage ; mais celui-ci devait conserver, sa vie durant, l'usufruit de ces biens et donner aux enfants une hypothèque légale pour sûreté de leurs droits sur la nue propriété [3]. Les mêmes principes devaient être appliqués relativement aux biens. que l'époux innocent acquérait sur les biens de l'époux coupable après le divorce [4], et la Novelle 117, ch. 5, étendit également ces dispositions à la portion que la veuve indigente avait le droit de demander sur les biens de son époux riche prédécédé [5]. Quant à tous les autres *lucra nuptialia* que l'un des époux doit à la libéralité de l'autre, soit de son vivant soit après son décès, par exemple, par donation, institution d'héritier ou legs, la Novelle 98 conserve toute son application [6]. L'époux qui en profite n'en perd donc la propriété en faveur des enfants que lorsqu'il contracte un nouveau mariage, et il conserve, à dater de ce moment, l'usufruit de ces biens sa vie durant ; tous ses biens sont hypothéqués à ses enfants pour sûreté de leurs droits à la nue propriété. Mais s'il ne contracte pas un nouveau mariage, il en peut librement disposer ; toutefois, si les choses existent encore à son décès et n'ont pas été consommées, les enfants peuvent y prétendre, alors même qu'ils ne seraient pas héritiers de leurs parents [7].

§ 572. IV. *Des peines des secondes noces* [8].

L'époux qui, après la dissolution d'un premier mariage, en contracte un second, encourt par là certaines peines quant à ses biens.

I. Parmi ces peines, il en est qui sont appliquées de plein droit, et quoiqu'on les appelle *pœnæ secundarum nuptiarum*, elles ne sont pas cependant de vraies peines, mais plutôt des dispositions légales restrictives de la propriété, et dont le but est de protéger les enfants issus du premier mariage, trop souvent désavantagés au profit de ceux du second; aussi, n'en est-il pas question lorsqu'il n'existe pas d'enfants du premier mariage [9]. Il faut néanmoins faire encore à cet égard la distinction suivante :

A. Quelques-unes de ces peines légales frappent le père aussi bien que la mère qui contracte un second mariage. Ainsi :

1. L'époux qui contracte un second mariage, perd, en faveur des enfants du premier lit, la propriété des *lucra nuptialia* que ces enfants n'ont pas eue à la dissolution du mariage dont ils sont issus [10]; il en conserve néanmoins l'usufruit, sa vie durant, et la loi donne aux enfants, pour garantir leurs droits sur la propriété, une hypothèque légale sur tous ses biens [11].

2. L'époux qui contracte un second mariage ne peut donner à son conjoint, soit entre vifs,

---

[1] Const. 3, pr.; const. 5; const. 6, § 1; const. 8, § 1; const. 9, § 1, C. V. 9. — Const. 8, § 7; const. 11, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 23-26, 30, 34.

[2] Const. 6, § 2; const. 8, § 4, 5, C. V, 9. — Nov. 22. ch 24.

[3] Nov. 98, chap. 1.

[4] La législation des *lucra ex divortio* a été souvent changée. D'après la disposition de Théodose et de Valentinien, dans la const. 8, § 7, C. V. 17, qui les introduisit pour la première fois, ils appartenaient en nue propriété aux enfants, immédiatement après la dissolution du mariage, et l'époux qui devait en profiter en conservait l'usufruit. D'après Justinien, dans la const. 9, § 1, C. V, 9 et const. 11, § 1, C. V, 17, les enfants n'avaient la propriété que lorsque l'époux contractait un second mariage, comme dans le cas des *lucra ex morte*. Nov. 22, ch. 30. Mais d'après la Nov. 98, ch. 2, ces biens appartiennent de nouveau en propriété aux enfants à la dissolution du mariage. *V*. Nov. 117, ch. 8, pr.; ch. 9, pr.; ch. 10.

[5] D'après une disposition postérieure de la Nov. 127, ch. 3, l'époux conserve en pleine propriété au moins une portion virile de la dot ou de la donation à cause des noces, dont il profite par la mort ou par le divorce, et il la conserve jusqu'à ce qu'il contracte un nouveau mariage; ce droit s'applique aussi à la veuve indigente.

[6] Car Justinien dit en termes exprès dans sa Novelle 98, ch. 2, à la fin : « nihil innovamus præter illa sola, quæ expressim in hac lege conscripsimus. »

[7] Const. 5, § 2; const. 6, § 3; const. 8, § 1, C. V, 9.

[8] J. S. P. Bœhmer. *Diss. de pœnis secundarum nuptiarum*. Francof. a. V. 1758. — W. A. von Lidth de Jeude, *Diss. de pœnis secundarum nuptiarum*. Traj ad Rhen. 1801. — Glück. *Comm*. 24e partie, § 1217, p. 112 et suiv.

[9] Const. 3, § 1 in fine. C. V, 9. — Nov. 22, ch. 22, pr.; ch. 23, pr. — Nov. 98, ch. 2. — Nov. 117, ch. 13.

[10] Const. 3, pr.; const. 5, C. V. 9. — Nov. 22, ch. 23-26. Mais les *lucra* du second mariage qui appartiennent à l'époux qui a contracté deux mariages (*conjux binubus*), restent aux enfants qui en sont issus. — Const. 4. C. V, 9. — Nov. 22, ch. 29, 30.

[11] Const. 6, § 2; const. 8, § 4, 5, C. V, 9. — Const. 6, § 4, C. VI, 61. — Nov. 22, ch 24.

soit à cause de mort, plus qu'il ne laisse à son enfant ou petit-enfant le moins prenant, sans être justement exhérédé. S'il agit contrairement à cette disposition, la loi regarde comme non écrit (*pro non scripto*) ce qu'il a donné de trop et en ordonne le partage par portions égales entre les enfants du premier lit [1].

3. Le père ou la mère qui se remarie peut bien, lorsqu'il a des enfants issus du premier lit, majorer pendant le mariage la dot ou la donation à cause des noces constituées pour le second mariage, mais il ne peut la diminuer; la loi veut empêcher par là, que sous prétexte de diminuer la dot ou la donation à cause des noces, il ne puisse faire de donation déguisée et éluder ainsi les dispositions qui le lui défendent [2].

4. L'époux qui est dans l'obligation de remettre des legs ou de restituer des fidéicommis à ses enfants, sous condition ou après un certain temps, est tenu, lorsqu'il contracte un second mariage, de leur donner de ce chef caution [3].

B. Il est d'autres désavantages qui ne frappent que la mère. Ainsi :

1. Lorsqu'une mère qui a déjà convolé en secondes noces ou qui contracte par la suite un nouveau mariage, vient à la succession d'un enfant du premier lit avec les frères et sœurs de cet enfant, elle ne reçoit, en tant que ces biens proviennent du père, que l'usufruit de sa portion, tandis que la nue propriété en revient aux enfants [4].

2. Lorsque la mère a fait une donation à un enfant du premier mariage, elle ne peut, en contractant un nouveau mariage, la révoquer pour les motifs ordinairement admis; la loi ne lui reconnaît ce droit que lorsque l'enfant attente à ses jours, lorsqu'il se porte envers elle à des voies de fait, ou lorsqu'il commet des actes qui pourraient lui faire perdre toute sa fortune [5].

3. La mère perd, en se remariant, le droit d'exiger que l'éducation des enfants du premier lit ne reste confiée qu'à elle seule [6].

4. Enfin, la femme qui, en qualité de mère ou d'aïeule, a la tutelle sur ses enfants et petits-enfants, perd, en contractant un second mariage, le droit de conserver la tutelle [7].

II. Il est d'autres désavantages quant aux biens, qui peuvent dériver d'une disposition particulière faite par l'un ou l'autre des époux. Ainsi, la donation ou le legs que le conjoint défunt a fait à l'autre, sous la condition qu'il ne se remariera pas, perd ses effets lorsque celui-ci contracte un second mariage [8], peu importe ici qu'il existe ou non des enfants du premier lit. D'ailleurs, la donation ou le legs fait sous cette condition à l'époux survivant, peut être exigé par lui après le laps d'une année, s'il jure et s'il engage ses biens, qu'il le restituera dans le cas où il se remarierait [9].

§ 573. V. *Des peines de l'époux qui viole l'année de deuil.*

Lorsque le mariage est dissous par la mort du mari ou par le divorce, la femme est tenue d'attendre au moins un an, avant de pouvoir convoler à un nouveau mariage [10]. En violant cette défense, elle subit, outre les désavantages qu'entraîne un second mariage, encore les peines suivantes [11] :

1. Elle encourt l'infamie.

2. Elle perd tous les *lucra nuptialia* du précédent mariage, qui reviennent aux descendants, ascendants et frères et sœurs de son époux décédé et, à leur défaut, au fisc.

3. Elle ne peut constituer en dot à son second mari, ni disposer en sa faveur entre vifs ou à cause de mort, de plus du tiers de ses biens.

4. Elle ne peut rien acquérir par disposition de dernière volonté, et toutes les successions et legs qui lui sont laissés, sont nuls et tournent au profit des autres héritiers testamentaires ou *ab intestat* du défunt.

5. Elle n'hérite *ab intestat* de ses parents que jusqu'au 3e degré.

Il est vrai que le prince peut, par un rescrit, lui faire remise de toutes ces peines; mais pour obtenir un pareil rescrit, la femme doit

[1] Const. 6. pr.; const. 9, C. V, 9. — Nov. 2, ch. 4. — Nov. 22, ch. 27, 28. 48.
[2] Const. 19. C. V, 3. — Nov. 22, ch. 31.
[3] Const. 6, pr. § 1, C. VI. 49. — Nov. 22, ch. 41.
[4] Nov. 2, ch. 4. — Nov. 22, ch. 46, 47.
[5] Const. 1-4, C. Th. VIII, 13. — Const. 7 et Auth. *Quod mater*, C. VIII, 56. — Nov. 22, ch. 35.
[6] Const. 1, C. V, 49. — Nov. 22, ch. 38.
[7] Nov. 22. ch. 40. — Nov. 94, ch. 2.
[8] Code, VI, 40. — Nov. 22, ch. 43, 44.
[9] Nov. 22, ch. 44.
[10] Const. 8. § 4 in fine; const. 9, C. V, 17. — Nov. 22, ch. 16. pr.
[11] Fr. 1. D. III, 2. — Const. 1, 2, C. V, 9. — Const. 4. C. VI, 56. — Surtout la Nov. 22, ch. 22. — Glück, *Comm.* 24e partie, § 1217, p. 189.

donner immédiatement à ses enfants du premier lit la moitié de ses biens, sans pouvoir en conserver l'usufruit, ni rien récupérer dans le cas où l'un de ces enfants meurt *intestat*, tant qu'il existe des enfants ou descendants du premier lit [1].

SECTION II.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

CHAPITRE PREMIER.

DU RAPPORT GÉNÉRAL ENTRE PARENTS ET ENFANTS.

§ 574. 1. *De la paternité et de la filiation légitimes.*

L'enfant *légitime* est celui qui est procréé par le mari et la femme unis par un légitime mariage.

La légitimité de l'enfant est présumée :

1. S'il n'est pas né avant le 182e jour qui suit la célébration du mariage [2].

2. Si la naissance n'est pas postérieure au dixième mois qui suit la dissolution du mariage [3]. Dans ces deux cas, d'après la règle *pater is est quem nuptiæ demonstrant* [4], le mari est réputé père de l'enfant jusqu'à ce qu'il fournisse la preuve d'une impossibilité absolue [5]. Dans tout autre cas, au contraire, la femme doit prouver la paternité [6], si le mari refusait de se reconnaître père de l'enfant [7]. L'action qui compète à la femme contre le mari et qui tend à la reconnaissance de l'enfant, s'appelle *actio de partu agnoscendo*. Elle fut primitivement introduite par le *Sctum Plancianum*, porté sous Vespasien, et n'était applicable qu'au cas qu'il avait prévu ; mais par un sénatusconsulte postérieur, rendu sous Adrien, elle fut étendue au cas où l'enfant était né pendant le mariage [8]. Néanmoins, pour prévenir la supposition et la substitution de part, la femme qui se sent enceinte au moment du divorce, est tenue, en vertu du sénatusconsulte *Plancianum*, d'en donner connaissance au mari dans les trente jours [9]. Plus tard, l'Edit prétorien étendit également cette disposition au cas où le mariage était dissous par la mort du mari; la grossesse doit alors être annoncée aux personnes intéressées [10], sinon la femme perd le droit d'intenter l'action *de partu agnoscendo;* mais l'enfant peut, en tout temps, faire valoir ses droits au moyen d'une *cognitio extraordinaria* [11].

Les enfants *légitimes* ont le droit d'exiger de leurs parents des aliments et une éducation

[1] La femme encourt toutes les peines sans distinguer si elle viole l'année de deuil en contractant un nouveau mariage, ou en se livrant à une vie deshonnête. Nov. 39. ch. 1. — Justinien ordonna, par la Nov. 22, ch. 40, qu'elles seraient également appliquées lorsqu'une mère qui a la tutelle de ses enfants légitimes et illégitimes, contracte un mariage avant d'avoir fait nommer un tuteur, auquel elle a rendu ses comptes et restitué les biens des enfants.

[2] Fr. 3, § 12, D. XXXVIII, 16. — fr. 12, D. I, 5. — fr. 6, D. I, 6.

[3] Fr. 3, § 11, D. XXXVIII, 16. Cpr. fr. 29, pr. D. XXVIII, 2. — Const. 4, C. VI, 29. — Glück, *Comm.* 28e partie, § 1287 *e*.

[4] Fr. 5, D. II, 4.

[5] Fr. 6. D. I, 6.

[6] Cependant, si l'homme qui a des enfants d'une femme avec laquelle il pourrait contracter un légitime mariage, les reconnaît soit dans un acte public, soit dans un acte sous seing privé écrit en entier de sa main et signé de trois témoins, soit dans son testament, soit en justice, sans y ajouter qu'ils ne sont que des enfants naturels, il leur donne la qualité et les droits d'enfants légitimes. Nov. 117, ch. 2. — *Auth. si quis*, ch. 5, 27.

[7] Const. 11, C. V, 27. — Nov. 89, ch 8, § 1.

[8] Fr. 1, D. XXV, 3. — fr. 3, § 1, D. ibid. — Ch. Gmelin, *Ueber die Præjudicialklage de partu agnoscendo*, ou *De l'action préjudicielle de partu agnoscendo*. Erlangen, 1781. — Glück, *Comm.* 28e part. § 1285-1287.

[9] Dig. XXV, 3. — Thibaut, *System*, § 473, 474.— Glück, *loc. cit.*

[10] Fr. 1, § 10 suiv. D, XXV, 4.

[11] Fr. 1, § 6, 8, 15, D. XXV, 3, — fr. 1, § 15, D. XXV, 4.

proportionnée à leur condition, si eux-mêmes n'ont pas de fortune qui puisse subvenir à leurs besoins [1]. Cette obligation est en premier lieu imposée aux père et mère de l'enfant et, à leur défaut, aux aïeuls [2] ; néanmoins elle est réciproque, c'est-à-dire que les enfants sont tenus de nourrir leurs parents qui sont dans le besoin [3] ; il en est de même du droit de succession réciproque entre enfants et parents légitimes.

§ 575. II. *De la paternité et de la filiation illégitimes.*

Le droit romain considérait les enfants *illégitimes* comme s'ils n'avaient pas de père (*quasi sine patre filii*) [4]. Il s'ensuivait qu'ils ne pouvaient exiger d'aliments que de leur mère et qu'ils n'avaient aucune action pour faire reconnaître quelqu'un comme leur père et lui demander des aliments [5] ; la mère et le père de celle-ci étaient seuls obligés à nourrir l'enfant [6]. Les établissements publics de bienfaisance se chargent au besoin de l'entretien des enfants abandonnés.

§ 576. III. *Des droits des père et mère quant aux enfants.*

Les parents contractent l'obligation de nourrir et d'élever leurs enfants, ils ont donc aussi le droit d'exiger tout ce qui doit être regardé comme moyen pour parvenir à l'accomplissement de ce devoir. Il s'ensuit :

1° Qu'ils ont le droit de soigner l'éducation physique et morale des enfants et de déterminer jusqu'à un certain âge leur manière de vivre. Le juge a le droit, si le mariage est dissous par divorce, de désigner celui des époux qui doit conserver l'éducation des enfants [7]. Néanmoins, la mère qui se remarie perd le droit qui lui a été confié de les élever [8]. Mais les frais d'entretien et d'éducation sont toujours à charge du mari, peu importe que le divorce ait été prononcé contre lui ou qu'il l'ait obtenu lui-même, excepté lorsqu'il est pauvre et la mère riche ; celle-ci doit, dans ce cas, pourvoir à la nourriture des enfants [9].

2° Qu'ils ont le droit de punir leurs enfants, ou de les livrer à l'autorité s'ils commettent des actions punissables [10].

De leur côté, les enfants doivent obéissance et respect à leurs parents [11]. Il suit de là :

1° Qu'ils ne peuvent intenter contre leurs parents d'action infamante (*actiones famosæ*) [12].

2° Qu'ils ne peuvent être forcés de témoigner contre eux [13].

3° Enfin, qu'ils n'ont le droit d'exiger leurs créances à charge de leurs parents, que pour autant que ceux-ci conservent de quoi pourvoir à leur existence (*in quantum facere possunt*) [14].

---

[1] Fr. 5, § 6, 7, D. XXV, 3. — Cpr. fr. 5, § 8, 11, D. ibid. — Quant à ce qu'on doit entendre par aliments, v. fr. 234, § 2, D. L, 16. — fr. 6, § 5, D. XXXVII, 10. — fr. 1, § 19, D. XXXVII, 9. — Const. 9, C. VIII, 47. — Nov. 117, ch. 7. — J. G. Bauer, *Diss. de patre ad liberos, qui bona habent, alendos obligato;* dans ses *Opusc.* t. I, n° 4.

[2] Fr. 5, § 2 ; fr. 8, D. XXV, 3. — Glück, *Comm.* 58e partie, § 1289.

[3] Fr. 5, § 1, D. ibid. — Glück, § 1290. — La morale oblige, il est vrai, les frères et sœurs de se donner réciproquement des aliments, mais aucune loi ne les y oblige. Hœpfner, *Comm.* § 105, note 2. — Hasse, *Güterrecht.* § 100. — Il en est qui sont d'une opinion contraire, à cause des fr. 12, § 3 ; fr. 13, § 2, D. XXVI, 7. — fr. 4, D. XXVII, 2. — fr. 1, § 2, D. XXVII, 3. — Nov. 89, ch. 12, § 6. Mais v. Glück, § 1290, *a*, *b*.

[4] Ulpien, IV, 2. — Gajus, I, 64. — § 12, J. I, 10. — § 4, J. III, 5. — fr. 23. D. I. 5.

[5] Fr. 5, § 4 ; fr. 7, D. XXV, 3. Justinien seulement donna aux enfants naturels (*liberis naturalibus*) le droit de demander des aliments à leur père. Nov. 89, ch. 12, 13. — H. C. Stever, *Disquis. an e jure Justinianeo patri incumbat onus alendi spurios.* Rostoch. 1817. — Les enfants *incestueux* ne pouvaient pas même demander des aliments à leur mère, *Auth. ex complexu*, C. V, 5. — Nov. 74, ch. 6. — Nov. 89, ch. 15. — Heise, *De successoribus necessariis.* Gœtt. 1802, § 29-33. — Hœpfner, *Comm.* § 487, notes 3 et 5.

[6] Fr. 5, § 4, 5. D. XXV, 3.

[7] Const. 1, C. V, 24.

[8] *Auth. si pater*, C. ibid. — Cpr. Nov. 94, ch. 2.

[9] Code, V, 25. — Nov. 117, ch. 7. Beaucoup d'auteurs pensent autrement, à cause de l'*Auth. si pater*, C. V, 84 ; mais cette constitution, en opposition avec sa source, ne peut rien décider.

[10] Const. 3, C. VIII, 47. — Const. un. C. IX, 15.

[11] Fr. 1, § 2 ; fr. 9. 10, D. XXXVII, 15. — fr. 4, D XXVII, 10. — Const. 4, C. VIII, 47.

[12] Fr. 5, § 1, D. XXXVII, 15. — fr. 11, § 1, D. IV, 3. — Const. 5, C. II, 21.

[13] Fr. 4, 5, D XXII, 5.

[14] § 38. J. IV, 6. — fr. 7, § 1. D. XXXVII, 15. — fr. 16, D. XLII, 1.

CHAPITRE II.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE [1].

§ 577. *Notion de la puissance paternelle.*

La *puissance paternelle* (*patria potestas*) est l'ensemble des droits particuliers que le droit civil accorde au père de famille sur les enfants et petits-enfants qui sont sous sa dépendance. Essentiellement du droit civil, elle n'appartient qu'aux citoyens romains [2], mâles [3] et pères de famille (*patresfamilias*). Il s'ensuit :

1° Que tout père, quoique citoyen romain, n'a pas la puissance paternelle; car s'il est encore fils de famille, celui sous la puissance duquel il se trouve, a également ses petits-enfants dans sa dépendance [4].

2° Qu'elle s'étend non-seulement aux fils et aux filles, mais également aux petits-fils et aux petites-filles nés d'un fils ; car s'ils descendent d'une fille, ils se trouvent soit sous la puissance de leur propre père, soit sous celle de l'ascendant dont le père dépend lui-même [5].

La puissance paternelle s'étend aux enfants *posthumes* (*postumi*) qui y auraient été soumis, s'ils avaient été nés du vivant du père de famille [6].

§ 578. *Comment la puissance paternelle s'acquiert-elle ?*

En droit romain, la puissance paternelle s'acquiert :

1. Naturellement, par la naissance *d'enfants en mariage légitime*.

2. Civilement, par l'*adoption* et par la *légitimation*.

§ 579. I. *De l'acquisition de la puissance paternelle par mariage légitime.*

La puissance paternelle s'acquiert, en premier lieu, par la procréation d'enfants en légitime mariage [7]. Mais il faut que le père soit *sui juris* au moment de la naissance [8]; car s'il est encore fils de famille, il n'acquiert point la puissance paternelle sur les enfants procréés pendant le mariage ; ceux-ci tombent, au contraire, sous la dépendance de l'ascendant dont il dépend lui-même [9]. Cependant elle lui appartient de plein droit à la mort de ce dernier [10].

§ 580. II. *De l'acquisition de la puissance paternelle par adoption.*

A. *Notion et espèces.*

L'adoption est un acte solennel, par lequel on donne la qualité et les droits de fils ou de petit-fils à une personne qui, jusqu'alors, ne s'était pas trouvée sous la puissance de celui qui adopte, ou qui avait cessé de s'y trouver [11]. Elle est de deux espèces : l'*adrogation* (*arrogatio*), lorsqu'on adopte un *homo sui juris*, et l'*adoption proprement dite* (*datio in adoptionem*), lorsqu'on fait passer sous la puissance d'autrui un fils que l'on a sous la sienne propre [12].

---

[1] Gajus, I, 55 suiv. — Ulpien, V. — Inst. I, 9. — Dig. I, 6. — Code, VIII, 47. — Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 20-27. — Heineccius, *Antiq. rom.* 1, 9, § 3-10. — G. Ch. Gebauer, *Diss. I et II, de patria potestate.* Gœtt. 1750, 1751, et dans ses *Exerc. acad.* t. I, p. 125. — G. W. ab Osten de Bruyn, *Diss. ad tit. J. de pat. pot.* Harlem, 1751. — A. Perrenot, *De pat. pot. apud Rom. nunquam legib. soluto.* Grœn. 1775. — Ch. A. Günther, *De pat. pot. ex jure dominii non repet* Lips. 17*6. — F. C. Jensen, *De pat. pot.* Suerin. et Bützov 1784. — Glück, *Comm.* 2e partie, § 132 et suiv. — C. de Quertenmont, *Diss. de pat. pot. ex jure rom.* Lugd.-Bat. 1816.

[2] § 2, J. I, 9

[3] § 10, J. I, 11.

[4] Fr. 21, D. XLVIII, 5.

[5] § 3, J. I, 9.

[6] § 1, J. II, 13. — § 4, J. I, 13. — § 2, J. III, 1.— fr. 2, pr. D. XXVIII, 6. — fr. 5, § 2, D. XXVIII, 3.

[7] Gajus, I, 55 suiv. — Ulpien, V. — pr. J. I, 9. — fr. 3, D. I, 6. — Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 20.

[8] § 9, J. I, 12. — § 4, J. I, 13.

[9] Fr. 21, D. XLVIII, 5. — § 3, J. I, 9. — fr. 4, 5, D. I, 6.

[10] Pr. J. I, 12. — fr. 5, D. I, 6.

[11] Inst. I, 11. — Dig. I, 7. — Code, VIII, 48. — Gajus, I, § 97-107. — Ulpien, VIII. — Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 22, 23. — Glück, *Comm.* 2e partie, § 148. —Ch. W. Schmitt, *Lehre von der Adoption.* Jena, 1825.

[12] Fr. 1, D. I, 7. — fr. 132, pr. D. XLV, 2. — Sur l'adoption par testament (*adopt. per testamentum*) qui n'est autre chose que l'institution d'un héritier sous la condition qu'il portera le nom du testateur, v. fr. 58, § 1, D. XXVIII, 5. — fr. 63, § 10, D. XXXVI, 1. — Cpr. Cicéron, *Brutus*, ch. 58. — Suétone, *Cæsar*, ch. 83 ; *Augustus*, ch. 102 ; *Tiberius*, ch. 6 et surtout Dirksen, *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R.* p. 73.

§ 581. B. *Principes généraux.*

Les deux espèces d'adoption reposent sur les principes suivants :

1. Capacité de la personne qui veut adopter ; de la règle que l'adoption imite la nature, *adoptio imitatur naturam*, il résulte :

a) Qu'elle est interdite aux castrats, mais nullement aux impuissants (*spadones*) [1].

b) Qu'il faut avoir au moins 18 ans de plus que celui que l'on se propose d'adopter [2].

c) Qu'on ne peut adopter quelqu'un pour un certain temps [3] ; néanmoins, on peut ensuite émanciper l'adopté, mais il n'est pas permis de l'adopter une seconde fois [4] ; le père qui a émancipé son enfant peut l'adopter ensuite [5].

2. L'adoption est un moyen subsidiaire d'acquérir la puissance paternelle. Il s'ensuit :

a) Que les femmes sont incapables d'adopter ; car elles n'ont aucune puissance paternelle. Cependant il leur est permis d'adopter avec l'autorisation du prince, pour se consoler d'avoir perdu leurs enfants ; mais elles n'acquièrent par là aucune puissance paternelle [6].

b) Qu'on ne peut adopter une personne en qualité de frère [7].

c) Que celui qui a déjà sous sa puissance un ou plusieurs enfants ne peut en adopter un autre, que pour autant que l'adoption ne leur porte pas préjudice [8].

3. L'adoption ne peut préjudicier à l'adopté. Le tuteur ou le curateur ne peut donc adroger celui dont il a administré la tutelle ou la curatelle, avant d'avoir rendu ses comptes, et le pauvre ne peut en général adopter un riche [9].

§ 582. C. *Des conditions particulières.*

1. *De l'adrogation.*

La validité de l'adrogation exige le concours des conditions suivantes :

1. Celui qui veut adroger doit être âgé de plus de 60 ans ; néanmoins, des personnes âgées de moins de 60 ans peuvent adroger si, par une cause quelconque, elles n'ont plus l'espoir d'avoir des enfants, ou si elles veulent adroger une personne qui leur est parente ; on ne peut en général adroger qu'une seule personne [10].

2. Le consentement exprès de l'adrogeant et de l'adrogé [11].

3. Un rescrit du prince qui approuve l'adrogation [12].

4. L'adrogation d'un impubère est soumise à des conditions particulières :

a) Il faut examiner au préalable si l'adrogation lui est utile.

b) Le consentement de ses plus proches parents et de ses tuteurs est requis.

c) L'adrogeant doit donner caution (*satisdatio*) que, dans le cas où l'impubère viendrait à mourir avant d'avoir atteint sa puberté, il rendra la fortune aux plus proches héritiers de l'impubère ou à la personne pupillairement substituée par le père.

d) Si l'adrogeant émancipe l'impubère, ou s'il le déshérite sans juste cause, il doit non-seulement lui rendre toute la fortune qu'il a apportée et celle qu'il a acquise depuis, mais également lui laisser à sa mort le quart de ses propres biens ; ce quart s'appelle *quarta Divi Pii*, parce qu'il a été fixé par une constitution d'Antonin-le-Pieux [13]. Mais l'adrogé conserve le droit d'exiger son émancipation après avoir atteint sa puberté, s'il voit que l'adrogation ne lui est pas avantageuse [14].

§ 583. 2. *De l'adoption proprement dite.*

L'adoption proprement dite (*datio in adoptionem*) requiert le concours des conditions suivantes :

1. Le consentement de l'adoptant.

2. Celui du père de l'enfant à adopter. Il n'est pas nécessaire que celui-ci consente expressément ; il suffit qu'il soit présent à l'acte d'adoption et qu'il ne s'y oppose pas [15].

3. Si quelqu'un est adopté comme petit-fils

---

[1] § 9, J, 1, 11, et Théophile, sur ce passage. — fr. 2, § 1 ; fr. 40, § 2, D. 1, 7. — fr. 6, D. XXVIII, 2. — Gajus, 1, 103. — Ulpien, VIII, 6.

[2] § 4, J. ibid. — fr. 40, § 1, D. 1, 7. — Autrefois, on n'était pas d'accord sur le point de savoir si l'adoptant devait être plus âgé. Gajus, 1, 106.

[3] Fr. 34, D. ibid.

[4] Fr. 37, § 1, D. ibid.

[5] Fr. 12, D. ibid.

[6] § 10, J. 1, 11 et Théophile, sur ce passage. — Const. 5, C. VIII, 48. — Gajus, I, 104. — Ulpien, VIII, 8*a*.

[7] Const. 7, C. VI, 24. — Thibaut, *Pand.* § 488 est d'une opinion contraire.

[8] Fr. 17, pr. § 3, D. 1, 7.

[9] Fr. 17, pr. § 4, D. 1, 7.

[10] Fr. 15, § 2, 3, D. 1, 7.

[11] Fr. 2, pr. D. ibid.

[12] Fr. 2, pr. cit. — § 1, J. 1, 11. — Const. 6, C. VIII, 48. — Sur l'ancienne forme de l'adrogation, v. Gajus, 1, 99. — Ulpien, VIII.

[13] § 3, J. 1, 11. — fr. 17, § 1 ; fr. 18, 19, 20, 22, D. 1, 7. — fr. 13, D. XXXVIII, 5. — Const. 2, C. VIII, 48. — Ulpien, VIII, 5. — Gajus, 1, 102.

[14] Fr. 32, pr. D. I, 7.

[15] Fr. 5, D. 1, 7.

d'un fils, celui-ci doit également consentir [1]; le consentement des autres agnats n'est pas nécessaire [2].

4. L'adoption doit être faite devant le préteur ou devant le juge compétent [3].

§ 584. D. *Des effets de l'adoption.*
1. *De l'adrogation.*

L'adrogation a pour effet :

1. De faire passer sous la puissance de l'adrogeant, l'adrogé et les enfants qui lui étaient soumis. L'adrogé, en cessant d'être un homme *sui juris*, subit ainsi une petite diminution de tête [4]. Une conséquence en était, dans l'ancien droit, que les biens qu'il possédait au moment de l'adrogation, passaient de plein droit à l'adrogeant. Mais en droit nouveau, et notamment depuis la création du pécule adventice, l'adrogeant n'acquiert, sur les biens de l'adrogé, que les droits que le père a sur les biens de ses enfants [5].

2. De son côté, l'adrogé acquiert tous les droits d'un fils de famille; il devient l'agnat de tous les agnats de l'adrogeant, et acquiert le droit de succéder *ab intestat* non-seulement à ce dernier, mais également à ses agnats [6].

§ 585. 2. *De l'adoption proprement dite.*

Dans l'ancien droit, l'adoption proprement dite (*datio in adoptionem*) avait les mêmes effets que l'adrogation. L'adopté subissait une petite diminution de tête, en sortant de la puissance sous laquelle il s'était jusqu'alors trouvé, et en quittant la famille à laquelle il avait appartenu [7]. Il entrait sous la puissance et dans la famille de son père adoptif [8], c'est-à-dire il devenait l'agnat de tous les agnats de ce dernier [9]. Ce droit fut changé par une disposition de Justinien qui établit la distinction suivante [10] :

1. Si un fils ou une fille est donnée en adoption à son ascendant, l'adoption produit tous les effets qu'y attachait l'ancien droit; c'est l'*adoptio plena;* si l'adoptant est tout autre qu'un ascendant, l'adopté reste sous la puissance et dans la famille de son père naturel; le père adoptif n'acquiert aucun droit sur l'enfant, qui lui succède cependant *ab intestat;* c'est l'*adoptio minus plena* [11].

2. Lorsqu'un aïeul donne son petit-fils en adoption, il faut examiner si le petit-fils, à la mort de son ascendant, est son héritier *ab intestat;* dans ce cas, il faut appliquer les mêmes règles que pour l'adoption des fils et des filles [12]; s'il n'est pas héritier de l'aïeul, l'ancien droit reste applicable [13].

§ 586. 3. *Des effets de l'adoption faite par une femme.*

L'adoption faite par une femme ne lui confère jamais la puissance paternelle; elle n'a d'autre effet que de donner à l'enfant adopté le droit de demander des aliments, et de succéder *ab intestat* à sa mère adoptive [14].

§ 587. III. *De l'acquisition de la puissance paternelle par la légitimation.*

Les enfants illégitimes ne tombent pas, de plein droit, sous la puissance de leur père, mais ils peuvent y être soumis par la *légitimation* [15].

---

[1] § 7, J. I, 11. — fr. 6 ibid.
[2] Fr. 7, ibid.
[3] § 1, J. I, 11. — fr. 2, pr.; fr. 4, 36, D. I, 7. — Const. 11, C. VIII, 48.—Ulpien, VIII, 5.—Gajus, I, 98.
[4] Fr. 2, § 2; fr. 15, pr.; fr. 40, D. I, 7. — fr. 3, pr. D. IV, 5. — Ulpien, VIII, 8. — Gajus, I, 107.
[5] § 6, J. II, 9. — Inst. III, 10 (11).
[6] Fr. 23, D. I, 7. — § 2, J. I, 11. — § 2, 14, J. III, 1. — Const. 10, pr. § 5, C. VIII, 48.
[7] Pr. J. I, 11. — fr. 1, pr. D. I, 7. — § 13, J. III, 1.
[8] Fr. 4, § 10, D. XXXVIII, 10. — Les enfants nés et conçus au temps de l'adoption ne passaient pas, comme dans l'adrogation, sous la puissance du père adoptif; mais il en était autrement de ceux qui étaient conçus depuis l'adoption. fr. 2, § 2; fr. 40, pr. D. I, 7. — fr. 26, 27, D. ibid. — Le § 9, J. I, 12, démontre clairement qu'on n'envisageait pas le moment de la naissance, mais celui de la conception.
[9] § 2, J. III, 2. — fr. 4, § 10; fr. 5, D. XXXVIII, 10. — fr. 23, D. I, 7.
[10] Const. 10, C. VIII, 48.
[11] Const. citée, pr. § 1-3. Il est à remarquer que toute cette constitution ne parle que du cas où un père naturel ou un aïeul donne ses descendants en adoption. Ainsi, si quelqu'un donne en adoption l'enfant qu'il a lui-même adopté, l'ancien droit subsiste, quel que soit le nouveau père adoptif.
[12] Const. citée, § 4. Ainsi dans ce cas, la puissance paternelle ne passe au père adoptif, que lorsqu'il est ascendant naturel du petit-fils donné en adoption; il en est autrement s'il est étranger (*extraneus*).
[13] Dans ce cas, le père adoptif acquiert *toujours* la puissance paternelle, peu importe qu'il soit ascendant ou étranger. Const. citée, § 4 : « — si enim patres eos antecedant — maneant omnia jura adoptiva ei intacta. »
[14] Const. 5, C. VIII, 48.
[15] Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 21. — Ge. Jordens, *De legitimatione Diss. I, II.* Traj. ad Rhen. 1742-43, et dans Fellenberg, *Jurispr. antiqua*, t. II, p. 325. — Dav. de Piera, *Diss. de legitimatione ecc. princ. jur. rom.* Lugd.-Bat. 1823.

La légitimation est l'acte de droit civil, en vertu duquel des enfants illégitimes sont en tout ou en partie assimilés aux enfants légitimes, quant à la puissance paternelle et au droit de succession [1]. Le droit romain ne permettait néanmoins de légitimer que les enfants naturels nés d'une concubine (*liberi naturales*), et admettait trois espèces de légitimation :

1° La légitimation par *subséquent mariage*, *legitimatio per subsequens matrimonium*, qui consistait dans le mariage que quelqu'un contractait avec la femme que jusqu'alors il avait eue comme concubine, et avec laquelle il avait procréé des enfants en concubinage; le mariage était alors accompagné d'un contrat écrit (*instrumenta dotalia*) [2].

2° La légitimation *per oblationem curiæ*, lorsque le père destinait son fils naturel à devenir décurion ou mariait sa fille naturelle avec un décurion [3].

3° La légitimation par *rescrit du prince*, *per rescriptum principis*, lorsque le prince déclarait les enfants naturels légitimés, sur une requête du père. Mais cette espèce de légitimation n'avait lieu que lorsque le mariage avec la concubine était devenu impossible, et qu'il n'y avait pas d'enfants légitimes [4].

La légitimation par testament est une espèce particulière de légitimation par rescrit; lorsque le père qui voulait, de son vivant, légitimer ses enfants naturels, en a été empêché par un cas fortuit, et déclare dans un testament écrit que ses enfants naturels hériteront comme enfants légitimes et héritiers *ab intestat*, ceux-ci acceptent la succession et demandent au prince la légitimation en se fondant sur le testament [5].

Beaucoup d'auteurs admettent, d'après la Novelle 117, ch. 2, une quatrième espèce de légitimation : *per nominationem filii*. Mais cette Novelle ne parle que de la preuve de la légitimité.

La légitimation opérée de l'une ou de l'autre manière avait pour conséquence de faire subir à l'enfant une petite diminution de tête, en cessant d'être *sui juris*; toute légitimation nécessitait non-seulement le consentement du père, mais également celui de l'enfant [6].

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE LA PUISSANCE PATERNELLE [7].

§ 588. *Des effets généraux.*

La puissance paternelle avait, en droit romain, cet effet général, que le père de famille et tous ceux qui se trouvaient sous sa puissance, n'étaient considérés dans leurs affaires privées [8], d'après une fiction de droit, que comme une seule et même personne [9]. Les conséquences de cette fiction de droit étaient que tout ce que le fils de famille acquérait, appartenait de plein droit au père de famille [10]; que nulle obligation, nulle action ne pouvait exister entre le père et le fils [11]; que le fils de famille ne pouvait servir de témoin dans le testament de son père [12] et que, lorsque le père mourait, le fils de famille, qui se trouvait immédiatement sous sa puissance (*suus heres*), acquérait de plein droit la succession [13]. Mais

[1] En partie, c'est-à-dire seulement quant au droit de succession; la *légitimation par testament* a cet effet.

[2] Const. 5, 6, 7, 10, 11, C. V, 27. — § 13, J. I, 10. — Nov. 89, ch. 8.

[3] Const. 3, 4, C. ibid. — Surtout Nov. 38 et 89, ch. 2.

[4] Nov. 74, ch. 1. — Nov. 89, ch. 9.

[5] Nov. 74, ch. 2. — Nov. 89, ch. 10.

[6] Fr. 11, D. I, 6. — Surtout la Nov. 89, ch. 11, pr. § 1.

[7] Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 23.

[8] Car, dans les *affaires publiques*, le fils de famille était considéré comme père de famille. fr. 9, D. I, 6. — fr. 3, D. I, 7. — fr. 13, § 5; fr. 14, pr. D. XXXVI, 1.

[9] Const. 11, C. VI, 26 : « —cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur. » — Brunsich, *De unitate personarum quæ jure romano inter patrem et liberos intercedit*. Gœtt. 1795.

[10] Inst. II. 9; III, 28 (29). — Gajus, II, 86-96. — Ulpien, XIX, 18. — De là venait aussi que l'adrogeant acquérait tous les biens de l'adrogé. Inst. III, 10 (11). — § 6, J. II, 9.

[11] § 4, 6, J. III, 19 (20). — fr. 1, § 1, D. XLI, 6. — fr. 2, pr. D. XVIII, 1. — fr. 4, D. V, 1. De là résultait aussi que le père ne pouvait, pendant la durée de la puissance paternelle, céder à l'enfant l'usufruit du pécule adventice.

[12] § 9, 10, J. II, 10. — Ulpien, XX, 3. — Gajus, II, 105-108.

[13] § 3, J. III, 1. — fr. 11, D. XXVIII, 2. — Gajus, II, 156-158.

cette nnité de personnes n'avait pas lieu dans les cas où le fils de famille était regardé et traité comme père de famille, par exemple, quand il s'agissait du pécule castrense [1].

§ 589. *Des droits particuliers du père.*

I. *Quant à la personne des enfants.*

Les droits particuliers que la loi reconnaît au père en vertu de la puissance paternelle, se rapportent tant à la personne des enfants qu'à leurs biens.

1. Dans les anciens temps, le père avait le droit de vie et de mort sur ses enfants (*jus vitæ et necis*); ce droit ne fut entièrement aboli que par Constantin [2]; il avait également le droit de vendre ses enfants, mais Dioclétien et Maximinien lui ôtèrent ce droit qui ne fut plus accordé que pour les enfants nouveau-nés, et dans le cas d'une extrême pauvreté [3]; enfin, il avait le droit de faire l'abandon noxal de son enfant (*noxæ dandi*), droit qui, plus tard, lui fut également ôté [4].

2. Le droit nouveau n'accorde plus au père, quant à la personne des enfants, que les droits suivants :

a) De les châtier et punir pour des fautes légères [5].

b) De leur demander des services [6].

c) De lenr donner un tuteur par testament [7], et de leur nommer un héritier dans le cas où ils mourraient avant d'avoir atteint la puberté, *jus pupillariter substituendi* [8].

d) De consentir à leur mariage [9].

e) D'exiger, au moyen de l'interdit *de liberis exhibendis*, qu'ils lui soient restitués par quiconque les détient [10].

f) De les vendre comme csclaves au moment de lenr naissance (*sanguinolentos*), et dans le cas d'nne extrême misère [11].

§ 590. II. *Quant aux biens des enfants.*

A. *Notion et espèces du pécule* [12].

D'après l'ancien droit, le fils de famille ne pouvait pas avoir de biens à lni propres; tout ce qu'il acquérait appartenait au père de famille. Mais il arrivait souvent que celui-ci donnait à son fils ou à son esclave une partie de ses biens à administrer ou pour faire le commerce; cette portion de biens, qui s'appelait *peculium*, est la plus ancienne espèce de pécule. On le nomme, dans le droit nouveau, *peculium profectitium*, et il comprend tout ce que le père donne au fils à administrer [13]. Mais d'après le droit nouveau, le fils de famille peut également avoir des biens propres à lui, qui sont de différentes espèces, quant à la manière de les acquérir [14] :

1. *Castrense peculium;* il comprend toutes les choses meubles que des parents ou des étrangers donnent au fils qui rejoint l'armée; ensuite, tous les meubles et immeubles qu'il acquiert pendant qu'il est à l'armée, notamment les dons et les successions de ses compagnons d'armes ; enfin, tout ce qu'un soldat reçoit de sa femme, comme héritier, non comme légataire, et tout ce qui est acquis au moyen de l'argent du pécule castrense [15].

2. *Quasi castrense peculium;* il comprend tout ce que le fils acquiert dans ses fonctions ou par la profession d'avocat, et ce que le prince ou l'impératrice lui donnent [16].

3. *Peculium adventitium;* ce sont les biens que l'enfant acquiert de toute autre manière; à ce pécule appartiennent en particulier les biens appelés *bona materna et materni generis*, les *lucra nuptialia*, qui lui viennent des parents ; ensuite, tout ce qui lui appartient lorsque le père ou la mère contracte un second mariage, et, en droit nouveau, toute acquisition qui ne provient pas des biens du père et qui n'est ni castrense ni quasi-castrense [17].

---

[1] Fr. 2, pr. D. XVIII, 1. — fr. 4, D. V, 1.
[2] Const. un. C. IX, 17.
[3] Const. 2, C. IV, 43.
[4] § 7, J. IV, 8. — Cpr. Heineccius, *Antiquit. rom.* I, 9, § 3-10.
[5] Const. 3, C. VIII, 47. — Cpr. const. un. C. IX, 15.
[6] Fr. 3, D. XXXIII, 2. — fr. 7, pr. D. IX, 2.
[7] § 3, J. I, 13. — fr. 1, pr. D. XXVI, 2.
[8] Pr. J. II, 16. — fr. 2, pr. D. XXVIII, 6.
[9] Fr. 2, D. XXIII, 2. — pr. J. I, 10.
[10] Fr. 1, pr. D. XLIII, 30. — fr. 1, § 2, D. VI, 1.
[11] Const. 2, C. IV, 43.
[12] Galvanus, *De usufructu*, c. VII, § 5-11. — Rau, *Hist. jur. civ. de peculiis*. Lips. 1770. — Glück, *Comm.* 14e partie, § 905-912. — Cpr. C. Witte, *De luctuosis hereditatibus*. Vratislaviæ, 1824, p. 4-14. — Luden, *De peculiis secundum jus romanum*. Gœtt. 1833.
[13] Fr. 5, § 4; fr. 7, § 3, D. XV, 1. — § 1, J. II, 9. « Si quid ex re patris ei obveniat. »
[14] Const. 37, pr. C. III, 28.
[15] Fr. 3, 4, pr.; fr. 8; fr. 11; fr. 16, § 1; fr. 19, pr. D. XLIX, 17. — Surtout const. 1, 4, C. XII, 37.
[16] Const. un. C. XII, 31. — Const. ult. C. XII, 37. — Const. 7, C. I, 51. — Const. 4, 14, C. II, 7. — Const. 7, C. VI, 61. — Const. 34, C. I, 3. — Nov. 123, chap. 19.
[17] § 1, J. II, 9. — Const. 1, 2, C. VI, 60. — Code, VI, 61.

§ 591. B. *Des droits du père sur les pécules.*

Les droits du père sur les pécules sont différents selon les diverses espèces de pécules.

1. Le *pécule profectice* est et reste la propriété du père; le fils l'administre, il a le droit de l'aliéner, mais il ne peut en faire l'objet d'une donation, et ce qu'il acquiert par ce moyen appartient au père [1]. Le père qui donnait à son fils un pécule profectice pouvait être actionné au moyen de l'action *de peculio*, pour toutes les dettes contractées de ce chef et jusqu'à concurrence du pécule [2]; le fils conservait ce pécule lorsque les biens du père étaient confisqués [3], lorsqu'il sortait de la puissance paternelle par sa nomination à une fonction supérieure de l'État [4], ou lorsque le père l'émancipait sans lui avoir retiré le pécule [5].

2. Le *pécule castrense* et *quasi-castrense* [6] est, du moins en droit nouveau, dans la pleine propriété du fils; le père n'en a pas même l'usufruit [7]. Le fils est considéré comme père de famille quant à ce pécule [8], il peut en disposer librement, aussi bien entre vifs qu'à cause de mort; il a donc aussi le droit d'en disposer par testament [9], et s'il meurt sans faire de testament, ses héritiers *ab intestat* l'héritent, d'après les principes de la succession *ab intestat* [10].

3. Le *pécule adventice* appartient en propriété aux enfants; mais pendant la puissance paternelle, l'administration et l'usufruit en appartiennent en général au père [11], qui ne doit ni donner caution, ni rendre compte [12]; cependant il n'a le droit d'aliéner les choses qui font partie du pécule, sans le consentement des enfants, que pour payer des dettes ou des legs, ou lorsque les choses sont de nature à ne pouvoir être conservées [13]; autrement l'aliénation est nulle en faveur des enfants, et la prescription est suspendue pendant toute la durée de la puissance paternelle [14]. Les enfants ne peuvent en disposer, sans le consentement du père, tant qu'ils sont sous cette puissance, et encore moins en faire l'objet d'un testament [15].

La règle que nous venons de poser, que le père a l'administration et l'usufruit du pécule adventice de ses enfants, souffre les exceptions suivantes :

1° Lorsque l'enfant accepte, contre la volonté de son père, une succession ou une chose qui lui a été donnée ou léguée [16].

2° Lorsqu'on lui fait une donation sous la condition que le père n'en aura pas l'usufruit [17].

3° Lorsqu'il vient avec son père à la succession *ab intestat* d'une sœur ou d'un frère germain [18].

4° Lorsque le père administre mal un fidéicommis, qu'il est dans l'obligation de restituer à son fils, après la dissolution de la puissance paternelle; il doit, dans ce cas, le lui restituer immédiatement sans pouvoir en jouir [19]. Tout ce que le fils acquiert dans ces quatre cas comme propriété libre, s'appelle aujourd'hui *pécule adventice extraordinaire* (*peculium adventitium extraordinarium*). L'enfant peut en disposer librement entre vifs, mais il ne peut en faire l'objet d'un testament [20].

§ 592. C. *Des droits du père sur les biens de ses enfants émancipés.*

En règle générale, le père n'a l'usufruit légal que des biens de ses enfants qui sont sous sa puissance et aussi longtemps qu'ils s'y trouvent. Cependant cette règle est sujette aux exceptions suivantes :

1° Lorsqu'une femme mariée meurt en lais-

[1] Fr. 18, § 4; fr. 19, D. XIII, 7. — fr. 7, pr. § 1-3, D. XXXIX, 5. — § 1, J. II, 9.

[2] § 4, J. IV, 7. — Dig. XV, 1. — Code, IV, 26.

[3] Fr. 3, § 4 in fine, D. IV, 4.

[4] Nov. 81, ch. 1, § 1.

[5] Fr. 31, § 2, D. XXXIX, 5. — § 20, J. II, 20. — Const. 17, C. VIII, 54.

[6] Dig. XLIX, 17. — Code, XII, 37. — J. Fernandez de Retes, *De castrensi et quasi castrensi peculio*; dans ses *Opuscul.* lib. V; dans Meermon, *Thes.* t. VI, p. 248. — Glück, *Comm.* 14e part. § 906; surtout 34e part. p. 101-117.

[7] Const. 6, pr.; const. 7, C. VI, 61.

[8] Fr. 1, § 3; fr. 2, D. XIV, 6. — fr. 17, D. XL, 1.

[9] Fr. 4, D. V, 1. — Const. 2, C. XII, 37. — Ulpien, XX, 10. — § 6, J. II, 11. — pr. J. II, 12.

[10] Pr. J. II, 12. — Const. 34, C. I, 3. — Nov. 118.

[11] § 2, J. II, 9. — Const. 1, C. VI, 60. — Const. 6, pr. C. VI, 61. — A. F. Hublebusch, *De usufructu patris in bonis liberorum adventitiis*. Brunsu. 1783.

[12] Const. 6, § 2; const. 8, § 4 in fine, C. VI, 61.

[13] Const. 1, 2, C. VI, 60. — Const. 4; const. 8, § 4, 5, C. VI, 61.

[14] Const. 1, C. VI, 60. — Const. 4, C. VI, 61. — Const. 1, § 2, C. VII, 40. — Nov. 22, ch. 4. — Ils ont une hypothèque légale sur les biens du père.

[15] Const. 8, § 5, C. VI, 61. — pr. J. II, 12.

[16] Const. 8, pr. § 1, 3, C. VI, 61.

[17] Nov. 117, ch. 1, pr. § 1.

[18] Nov. 118, ch. 2.

[19] Fr. 50, D. XXXVI, 1.

[20] Const. 11, C. VI, 22. — Nov. 117, ch. 1. — Glück, *Comm.* 34e part. p. 123.

sant des descendants communs à elle et à son époux survivant, mais qui ne se trouvent plus sous la puissance de ce dernier; il acquiert alors l'usufruit d'une partie des biens que ces descendants héritent de leur mère. La quotité de cette part est déterminée de manière que, lorsqu'il n'y a que des enfants, il jouit de l'usufruit d'une portion virile de toute la succession, et lorsqu'il y a également des petits-fils et des arrière-petits-fils, il a l'usufruit d'une portion virile de chaque souche [¹]. Cet usufruit est légal; le mari a donc aussi le droit de le demander lorsque la femme fait un testament; il concourt, dans ce cas, avec les enfants et petits-enfants institués pour les portions pour lesquelles ils sont institués.

2° Lorsque le père émancipait son enfant, il avait, dans l'ancien droit, le pouvoir de retenir en propriété le tiers du pécule adventice, comme prix de l'émancipation (*præmium emancipationis*); le droit nouveau ne lui accorde plus rien en propriété, mais il lui donne, après l'émancipation de l'enfant, l'usufruit, sa vie durant, de la moitié du pécule adventice [²].

CHAPITRE IV.

DE LA CESSATION DE LA PUISSANCE PATERNELLE [³].

§ 593. I. *Par la mort du père et de l'enfant.*

La puissance paternelle cesse :

1° Par la mort du père de famille ou par sa grande ou moyenne diminution de tête [⁴]. Dans l'un et dans l'autre cas, ses fils et ses filles deviennent *sui juris*, mais les petits-fils retombent sous la puissance de leur père, à moins qu'il ne soit déjà mort ou affranchi lui-même auparavant de la puissance paternelle [⁵].

2° Par la mort de l'enfant qui se trouvait sous la puissance paternelle, ou par sa grande ou moyenne diminution de tête [⁶].

§ 594. II. *Du vivant du père et du fils.*

Outre les deux cas dont nous venons de parler, il est de règle générale que la puissance paternelle continue d'exister tant que le père et le fils vivent, s'il ne survient un motif valable, en droit civil, qui la dissout du vivant même de l'un et de l'autre [⁷]. Ce motif réside soit dans une *disposition de la loi*, soit dans la *volonté du père*.

§ 595. A. *D'après une disposition de la loi.*

La puissance paternelle est dissoute sans la volonté du père :

1° De plein droit, lorsque le fils est promu à une dignité supérieure de l'Etat. Anciennement certaines dignités sacerdotales libéraient seules de la puissance paternelle [⁸]; mais plus tard cet effet fut étendu à plusieurs autres fonctions [⁹].

2° Certains délits du père font également cesser la puissance paternelle; notamment lorsqu'il contracte un mariage incestueux, la puissance paternelle est dissoute de plein droit [¹⁰], et lorsqu'il prostitue sa fille, celle-ci peut demander que la puisssnce paternelle lui soit retirée [¹¹]. Dans tous ces cas où la puis-

[¹] Const. 3, C. VI, 60. — Doneau, *Comm. jur. civ.* IX, 2.

[²] § 2, J. II, 9. — Const. 1, § 2, C. Th. VIII, 18. — Const. 6, § 3, C. VI, 61.

[³] Inst. I, 12. — Dig. I, 7. — Code, VIII, 49. — Ulpien, X, § 1, 2. — Gajus, I, 127-137. — Paul II, 25. — Doneau, *Comm. jur. civ.* II, 26, 27.

[⁴] Parce que le citoyen romain pouvait seul avoir la puissance paternelle. § 2, J. I, 9. — § 1, 2, J. I, 12. — Gajus, I, § 128, 129. — Ulpien, X, 3.

[⁵] Pr. J. ibid. — fr. 5, D. I, 6. — Cpr. fr. 41, D. I, 7. — Gajus, I, 127. — Ulpien, X, 2. — Mais lorsque quelqu'un sort de la puissance paternelle parce qu'une dignité lui a été conférée (§ 595) et ne subit, par conséquent, aucune diminution de tête, ses enfants ne deviennent pas *sui juris* par la mort du grand-père, mais ils tombent sous sa puissance. Nov. 81, ch. 2.

[⁶] Parce que le citoyen romain seul peut se trouver sous la puissance paternelle d'autrui. Ulpien, X, 3. — § 1, J. I, 12.

[⁷] Mais il ne s'agit pas ici de la *rélégation* du père ou du fils. § 2, J. I, 12. — fr. 4; fr. 7, § 3; fr. 14, § 1; fr. 13, D. XLVIII, 22; l'exhérédation de l'enfant ne dissout pas davantage la puissance paternelle. fr. 20, pr. D. XXXVII, 4.

[⁸] Gajus, I, 130; III, 114. — Ulpien, X, 5.

[⁹] § 4, J. I, 12. — Const. 66, C. X, 31. — Const. 5, C. XII, 3. — Nov. 82, ch. 2.

[¹⁰] Nov. 12, chap. 2.

[¹¹] Const. 6, C. XI, 40. — Const. 12, C. I, 4. Ordi-

sance paternelle est dissonto, soit qu'ello cesse de plcin droit, soit qn'ello ait été rotirée au pére, l'enfant no subit pas la petite diminution de tête [1].

§ 596. B. *Par la volonté du père.*

Par la volonté du père, la pnissance paternelle se dissout dans trois cas :

1° Lorsqu'il se donne en adrogation, il passe avec les enfants qu'il a sous sa puissanco, sous cello de l'adrogeant (§ 584).

2° Lorsqu'il transfère la puissance paternelle à autrui, en donnant son enfant en adoption (§ 585).

3° Lorsqu'il émancipo son enfaut. Dans tous ces cas l'enfant subit une petite diminntion de tête ; car il cbange de famille (*familia mutatur*).

§ 597. *De l'émancipation en particulier.*

1. *Notion de l'émancipation.*

L'émancipation est l'acte solennel par lequel les enfants sont libérés de la puissance paternelle et deviennent *sui juris* [2]. Elle exige les conditions suivantes :

1° Le consentement dn père qui, en général, ne peut être forcé d'émanciper son fils [3], excepté :

a) Lorsqu'il lo maltraite [4].

b) Lorsqu'il a accepté nn legs qui lui a été laissé sous la condition d'émanciper son fils [5].

c) Lorsqne l'impubère donné en adrogation et parvenn à l'âge de pnberté, demande par de justes motifs son émancipation [6].

2° Lo consentement de l'enfant, parce qu'il n'est pas permis à un père d'émanciper son enfant malgré lui [7], à moins qu'il ne soit encore *infans* [8] ou si c'ost un enfant adoptif [9].

3° Enfin, les formes prescrites par la loi doivent être observées (§ 598).

§ 598. 2. *De la forme de l'émancipation.*

Dans l'ancien droit, l'émancipation s'opérait par trois ventes fictives suivies chacuno d'un affranchissement, *per imaginarias venditiones et intercedentes manumissiones;* elle était déjà tombée en désuétndo du temps do Justinion et fut formellement abolie par lui. En droit nouveau, elle est de deux espèces, quant à sa forme [10]: l'*émancipation anastasienne* (*emancipatio anastasiana*), lorsque le père obtient du prince, sur sa requête et avec lo consentement de l'enfant, un rescrit par lequel celui-ci est déclaré *sui juris* [11] ; et l'*émancipation justinienne* (*emancipatio justinianea*), lorsque lo père se démet de la puissance paternello devant lo juge compétent et sans contradiction de la part de l'enfant [12].

§ 599. 3. *Des effets de l'émancipation.*

L'émancipation a ponr effet do rendre l'émancipé *sui juris :* il subit donc nne petite diminution de tête on quittant la famille à laquelle il appartenait, et en perdant ses droits d'agnation [13], que le prince peut cependant consorvor à l'enfant lorsque l'émancipation s'opère par un rescrit [14]. La loi permot de rappeler sous la puissanco paternelle le fils émancipé qui se scralt montré ingrat envers son pére [15].

---

nairement, l'on y ajoute le cas où nn père expose son enfant, d'après les const. 2, 4, C. VIII, 52 et la Nov. 153, ch. 1 (non glosée).

[1] Cpr. notamment la Nov. 81, ch. 1.

[2] Gajus, I, § 132-134. — Ulpien, X, 1. — Paul, II, 25. — § 6-10, J. I, 12. — Dig. I, 7. — Code, VIII, 49. — Scheltinga, *De emancipationibus;* dans Fellenberg, *Jurisprudentia antiqua*, t. II, n° 18. — Glück, *Comm.* 2e partie, § 157. — L. A. Marchant, *Diss. de emancipatione sec. princ. jur. romani et hodierni.* Lugd.-Bat. 1822.

[3] § 6, J. I, 12. — fr. 31, D. I, 7.

[4] Fr. 5, D. XXXVII, 12.

[5] Fr. 92, D. XXXV, 1.

[6] Fr. 32, pr. D. I, 7.

[7] Paul, II, 25, § 5. — Const. 5, C. VIII, 49. — Surtout Nov. 89, ch. 1, pr. : « solvere jus patriæ potestatis invitis filiis non permissum est patribus. » — C'est pour cette raison que la puissance paternelle n'est pas dissoute par l'abdication de l'enfant (*abdicatio*). Const. 6, C. VIII, 47.

[8] Const. 5 in fine, C. VIII, 49.

[9] Const. 10, pr. C. VIII, 48. — § 3, J. I, 11. — fr. 132, pr. D. XLV, 1. — Quant à la restriction mise à l'émancipation d'un impubère adrogé, *v.* le § 582.

[10] Const. 6, C. VIII, 49. — § 6, J. I, 12. — *V.* Ulpien, X, 1. — Gajus, I, 132-134.

[11] Const. 5, C. VIII, 49.

[12] Const. 6, C. VIII, 49.

[13] Fr. 3, § 1, D. IV, 5.

[14] Const. 11, C. VI, 58.

[15] Const. 1, C. VIII, 50.

SECTION III.

DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE [1].

§ 600. *Idée de tutelle et de curatelle.*

Par *tutelle* et *curatelle* on entend le droit et le devoir de protéger et de remplacer les personnes qui, à cause de leur jeunesse ou pour tout autre motif, ont besoin d'appui, de les assister dans leurs actes juridiques et d'administrer leurs biens; cette institution était, chez les Romains, de deux espèces : la *tutela* et la *cura* [2].

CHAPITRE PREMIER.

DE LA TUTELLE.

§ 601. I. *Notion de tutelle.*

Deux classes de personnes se trouvaient originairement sous la tutelle : les impubères, à raison de l'âge, les femmes pubères, à raison du sexe; *tutela impuberum s. ætatis, tutela feminarum s. sexus.* Le droit de Justinien ne parle plus que de la première, dont nous nous occuperons aussi seulement [3].

La tutelle des impubères (*tutela impuberum*) est le pouvoir et la faculté donnés à un citoyen romain de compléter, par son autorité, la personne d'un citoyen impubère, libéré de la puissance paternelle, même de le remplacer, et d'administrer ses biens [4]. Le droit de tutelle, donné dans le principe au plus proche agnat de l'impubère, devint plus tard un devoir, une charge publique (*munus publicum*), que celui qui en était investi était tenu d'accepter [5]; mais le droit nouveau ne porta aucun changement à l'essence de la tutelle, de remplacer et de compléter la personne d'un impubère dans ses actes juridiques et d'administrer ses biens. « Tutor *personæ* non *rei* vel *causæ* datur; » c'est-à-dire, le tuteur est donné pour compléter la personne juridique du pupille, dans toutes les affaires où celui-ci devrait seul agir. Il n'est donc pas donné pour une affaire particulière

[1] Sources : Gajus. *Comm.* I, § 142-200. — Ulpien, XI. — Cod. Theod. III, 17-19. — Inst. I, 13-26. — Dig. XXVI, XXVII. — Cod. Just. V, 28-52.

Bibliographie : Doneau, *Comm. jur. civ.* III, XV. 18-22. — Ant. Fabee, *Jurisprudentiæ Papinianeæ scientia ad ordinem Institutionum efformata.* Lugd. 1658, I, 13-26. — Huber. *Digress. Justin.* P. 1, lib. III, c. 1-6; c. 11-26. — Gee. Noodt, *Commentar. ad Dig. libr. XXVI et XXVII.* Dans ses *Opera.* Colon. 1763, p. 413. — J. T. Seger, *Histor. juris romani de tutelis et curationibus.* Lips. 1760, et dans ses *Opusc.* ed. Klübee. Erlang. 1788. Vol. I, p. 61 et 111. — Gans, *Scolies sur Gajus*, p. 178 et suiv. — B. Wicher Wichers, *Diss. ad locum Gaji de tutilis.* Grœning. 1822. — T. Minguel, *Historia juris romani de tutelis.* Grœning. 1826. — H. L. Nilant, *Diss. de jure tutelari ex lege XII tabb.* Grœning. 1827. — Zimmern, *Rechstg.* t. I, § 232 et suiv. — Glück, *Comm.* 28e part. p. 435 à 33e part. p. 310.

[2] J. C. Brandenberg, *Comm. exponens differentias juris romani inter pupillos et minores, tutores et curatores.* Hannov. 1793. — A. G. de Schrœtee, *De nexu tutelæ et juris succedendi.* Jenæ, 1820, p. 22. — T. Reits, *De differentia tutelæ et curæ apud Romanos.* Traj. ad Rhen. 1821.

[3] Gajus, I, 137, 190; II, 118. — Ulpien, XI, § 1, 25, 27; XX, § 13. — Evec. Otto, *Diss. de perpetua feminarum tutela.* Duisb. 1719. Halæ, 1722, et dans ses *Diss. jur. publ. et priv.* Ultraj. 1723, P. I. — J. C. Van Maanen, *Diss. de muliere in manu et in tutela secundum Gaji veronensis institutionum principia.* Lugd.-Bat. 1833.

[4] Fr. 1, pr. § 1. D. XXVI, 1. « Tutela est (ut Servius definivit) vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui propter ætatem suam sponte se defendere nequit, jure civili data et permissa. » § 1, 2, J. I, 13. — G. C. Gebauer, *Progr. de Servii Sulpicii definitione tutelæ in L. 1, pr. D. de tutelis.* Gœtt. 1738, et dans ses *Exerc. acad.* t. II, p. 689.

[5] Fr. 1, § 3, 4; fr. 18, § 1, D. L, 4. — fr. 1, pr. D. XXVI, 7.

du pupille (non *singulæ* rei vel causæ datur), mais pour *tous* ses biens et *toutes* les affaires qui y ont rapport [1].

Celui que l'on charge d'une tutelle s'appelle *tuteur*, *tutor* [2]; celui qui y était soumis, *pupille*, *pupillus*; ce dernier ne peut être qu'un homme *sui juris*, et déjà né [3]. La tutelle des impubères est d'ailleurs une nécessité de la loi, c'est-à-dire qu'il ne dépend pas de la volonté d'un pupille de recevoir un tuteur ou de n'en pas vouloir [4].

§ 602. II. *De la capacité du tuteur.*

Le tuteur doit être capable d'accepter la tutelle. Sont déclarés incapables :

1. Les esclaves et ceux qui n'ont pas la qualité de citoyens romains [5]. Cependant le père pouvait nommer son propre esclave tuteur de son fils, et l'esclave devenait libre [6]. Les Latins (*Latini*) et les étrangers (*peregrini*) étaient donc incapables d'être tuteurs, parce que la tutelle était un droit propre aux citoyens romains, *jus proprium civium romanorum* [7].

2. Les femmes [8], à l'exception de la mère et de l'aïeule, auxquelles le droit nouveau accorde même de préférence la tutelle de leurs enfants et petits-enfants [9].

3. Les furieux, les insensés [10], et ceux que la justice a déclarés prodigues [11].

4. Les sourds et les muets [12].

5. Les mineurs [13].

6. Les évêques et les moines [14].

7. Les soldats au service [15].

8. Les ennemis déclarés du pupille ou de son père [16].

9. Celui qui, pour de l'argent, veut obtenir la tutelle [17].

10. Celui qui, au moment où la tutelle lui est offerte, a des droits sur les biens du pupille, ou est obligé envers lui; la mère et l'aïeule sont cependant exceptées [18].

11. Celui auquel la tutelle est interdite par le père ou par la mère du pupille [19].

12. Un juif ne peut être tuteur d'un chrétien [20].

§ 603. III. *Des excuses des tuteurs* [21].

La tutelle est, en droit nouveau, une charge publique; quiconque, par un juste motif, en est chargé, ne peut donc la refuser, à l'exception de la mère et de l'aïeule qui sont libres d'accepter la tutelle ou de la refuser [22]. Cependant la loi admet plusieurs motifs qui autorisent celui qui veut en faire usage, à se soustraire à la charge de la tutelle; ces motifs d'excuse s'appellent, en droit romain, *excusationes* [23].

---

[1] Fr. 14, D. XXVI, 2. — § 17, J. I, 25. — fr. 12, 13, D. XXVI, 2.

[2] Fr. 1, § 1, D. XXVI, 1. — § 2, J. I, 13.

[3] Fr. 239, pr. D. L, 16. — fr. 1, pr. D. XXVI, 1. — fr. 161, D. L, 16. — fr. 20, D. XXVI, 5. — fr. 10, § 2, D. XXVI, 2.

[4] Fr. 6, D. XXVI, 5. — Const. 2, C. V, 60.

[5] Const. 7, C. V, 34.

[6] § 1, Inst. I, 4.

[7] § 1, J. I, 13 comparé avec le § 4, J. I, 22. — Buchholtz, *Ad. Vatic. Fragm.* § 103, prétend au contraire que les Latins et les étrangers étaient capables et tenus d'accepter au moins la tutelle *dotira*.

[8] Fr. 16, pr.; fr. 18, D. XXVI, 1. — Const. 1, 2, C. V, 33.

[9] Nov. 94. — Nov. 118, ch. 5. Il n'est pas douteux, d'après la const. 3, C. V, 35 et la Nov. 94, ch. 1 in fine, que la mère avait également la tutelle de ses enfants *naturels*.

[10] § 2, J. I, 14. — *fr.* 17, D. XXVI, 1.

[11] § 3, J. I, 23. — fr. 1, pr. D. XXVII, 10.

[12] En effet, ils ne peuvent interposer leur autorité. fr. 1, § 2, 3, D. XXVI, 1. Les aveugles ne sont pas incapables. fr. 16, D. XXVI, 8. — fr. 40, D. XXVII, 1.

[13] § 13, J. I, 25. — Const. 5, C. V, 30. Le fils de famille peut devenir tuteur, s'il est majeur. pr. J. I, 14. — fr. 7, D. XXVI, 1.

[14] Const. 52, C. I, 3. — Nov. 123, ch. 5, § 1.

[15] § 14, J. I, 25. — fr. 8, D. XXVII, 1. — Const. 4, C. V, 34. — Cpr. Code, V, 65.

[16] § 11, J. I, 25. — fr. 3, § 12, D. XXVI, 10. — fr. 6, § 17, D. XXVII, 1. — J. L. H. Hermannus, *Ad L.* 6, § 17, *D. de excusat.* Viteb. 1793.

[17] Fr. 21, § 6, D. XXVI, 5. — fr. 1, § 8, D. XXVI, 10.

[18] Nov. 72, ch. 1, 2, 3, 4. — Nov. 94, pr. ch. 1. — C. F. Walch, *De tutore pupilli suo ante susceptam tutelam debitore.* Jenæ, 1777, et dans ses *Opusc.* t. 1, p. 36. — Hœpfner, *Comm.* § 245, note 6.

[19] Fr. 21, § 2, D. XXVI, 3. — Cpr. fr. 8, pr. D. XXVI, 2.

[20] L'ancien droit paraît l'admettre : fr. 15, § 6, D. XXVII, 1. Mais le droit nouveau regarde le juif comme incapable d'occuper des fonctions publiques. Const. 19, pr. C. I, 9.

[21] Inst. I, 25. — Dig. XXVII, 1. — Code, V, 62-69. — Paul, II, 27-30. — *Fragm. Vat.* § 128-247. — Cujas, *Comm. ad tit. Dig. de excusationibus.* Dans ses *Opera*, t. 1, p. 1033. — Augustinus, *Lib. sing. ad Modestinum s. de excusationibus*; dans Otto, *Thes.* t. IV, p. 1423-1603. — G. A. Jenichen, *Diss. de excusationibus tutorum et curatorum.* Giessæ, 1733. — Glück, *Comm.* 31e partie, § 1334 et suiv. — J. V. Westrick, *Disp. ad locum Gaji Institutionum de sponsoribus, fidepromissoribus et fidejussoribus et ad titulum Fragmentorum Vaticanorum de excusatione.* Lugd.-Bat. 1826.

[22] Nov. 94, ch. 1. « — Quia vero matribus *volentibus* curam habere minorum et *petentibus* curam subire, etc. » — Nov. 118, ch. 5.

[23] *Excusare* est pris quelquefois en droit romain pour *prohibere*; par exemple : fr. 1, § 3, D. III, 1. —

Ces excuses sont de deux espèces :

A. Les unes donnent le droit de refuser une tutelle déférée; les personnes qui ont le droit de faire valoir ces excuses sont :

1. Celui qui a des enfants légitimes, nés et encore vivants, au nombre de trois dans Rome, de quatre dans l'Italie, ou de cinq dans les provinces [1].

2. Celui qui est âgé de 70 ans révolus [2].

3. Ceux qui sont absents à cause d'un service public, si une tutelle leur est déférée pendant leur absence ou dans l'année de leur retour [3].

4. Les personnes qui occupent de hautes fonctions publiques [4].

5. Les ecclésiastiques [5], les professeurs publics des arts libéraux et des sciences, de même que les médecins [6].

6. Les administrateurs des biens du fisc et des biens patrimoniaux du prince [7].

7. Celui qui n'a pas son domicile au lieu où la tutelle est déférée [8].

8. Celui que le père a nommé tuteur, par haine [9].

9. Trois tutelles dans la même famille, administrées aux risques du père de famille et non sollicitées, servent d'excuse à chaque membre de cette famille, pour en refuser une quatrième [10].

B. Il est d'autres excuses qui donnent le droit de se démettre d'une tutelle déjà acceptée. Ceux qui peuvent les invoquer sont :

1. Celui qui, par pauvreté ou à cause de maladie, n'est pas en état de continuer sa gestion [11].

2. Celui qui change de domicile avec l'autorisation du prince, pourvu que celui-ci sache qu'il gère une tutelle [12].

3. Celui qui fait partie du conseil du prince (*consilium principis*) [13].

4. Celui qui est absent pour les affaires de l'Etat peut exiger qu'un autre tuteur administre la tutelle qu'il gère tant que son absence se prolonge [14].

Tous les tuteurs soit testamentaires, soit légitimes, soit datifs, ont le droit de présenter ces excuses. Cependant ils sont tenus de les faire valoir endéans les 50 jours à dater de celui où ils ont appris leur nomination [15]. Celui qui a promis au père de l'enfant d'administrer la tutelle et de ne pas profiter de son excuse, ne peut plus la faire valoir [16]; il est censé accepter tacitement la tutelle, lorsqu'il a écrit lui-même le testament ou le codicille dans lequel le père a fait la nomination qui devient définitive par la signature de ce dernier [17], ou lorsqu'il a accepté la tutelle sans se prévaloir de son excuse [18], ou lorsqu'il accepte le legs qui lui a été fait relativement à la tutelle [19].

§ 604. IV. *Des espèces de tutelle.*

La tutelle a pour base soit une disposition testamentaire (*tutela testamentaria*), soit une disposition de la loi (*tutela legitima*), soit une disposition de l'autorité (*tutela dativa*). Le droit romain ne parle pas d'une tutelle qui aurait une convention pour base [20].

---

fr. 11, D. L, 2; il en est de même par rapport à la tutelle; § 11, 13, 14, J. 1, 25. — Const. 17, C. V, 62. De là les modernes distinguent ordinairement l'excuse volontaire et l'excuse nécessaire : la première est l'excuse dans son vrai sens; la seconde s'entend de l'incapacité à la tutelle.

[1] Pr. J. 1, 25. — fr. 2, § 2-8; fr. 18, D. XXVII, 1. — Const. 1, C. V, 66. — *Fragm. Vat.* § 191. — Cpr. Heineccius, *Ad leg. Jul. et Pap. Popp.* II, 8.

[2] § 13, J. 1, 25. — fr. 2, pr. D. XXVII, 1. — fr. 3, D. L, 6. — Const. un. C. V, 68.

[3] § 2, J. I, 25. — fr. 10, pr. § 2, D. XXVII, 1. — Const. 2, C. V, 64.

[4] § 3, J. I, 25. — fr. 17, § 5, D. XXVII, 1.

[5] Const. 52, C. I, 3. — Nov. 123, chap. 5.

[6] § 15, J. ibid. — fr. 6, § 1-9, D. XXVII, 1. — Const. 6, C. X, 52. Ils n'ont droit de presenter l'excuse que « *si circa operationem se negligenter non habeant.* » — fr. 6, § 4, D. XXVII, 1.

[7] § 1, J. 1, 25. — fr. 22, § 1; fr. 41, pr. D. XXVII, 1.

[8] Fr. 46, § 2, D. ibid. — Cpr. fr. 10, § 4; fr. 19; fr. 21, § 2, D. ibid. — Const. 11, C. V, 62.

[9] § 9, J. 1, 25.

[10] § 5, J. 1, 25. — fr. 2, § 9; fr. 3-5; fr. 15, § 15; fr. 17, pr.; fr. 31, § 4, D. XXVII, 1. On lit dans le dernier passage : « Ceterum putarem recte facturum prætorem, si etiam unam tutelam sufficere crediderit, si tam diffusa et negotiosa sit, ut pro pluribus cedat. » Const. un. C. V, 69.

[11] § 6, J. 1, 25. — fr. 7; fr. 40, § 1, D. XXVII, 1. — Const. un. C. V, 69.

[12] Fr. 12, § 1, D. XXVII, 1.

[13] Fr. 30, pr. D. XXVII, 1. — fr. 11, § 2, D. IV, 4.

[14] § 2, J. 1, 25. — fr. 10, pr. § 2, D. XXVII, 1. — fr. 11, § 2, D. IV, 4. — Const. 1, C. V, 64.

[15] § 16, J. 1, 25. — fr. 2, § 5; fr. 13, § 1, 2; fr. 30, § 2; fr. 45, § 1, D. XXVII, 1. — Const. 9, C. V, 34.

[16] § 9, J. 1, 25. — fr. 15, § 1, D. XXVII, 1. — *Vatic. Fragm.* § 153.

[17] Fr. 29, D. XXVI, 2. — fr. 15, § 1, D. XLVIII, 10.

[18] *Vat. Fragm.* § 154. — Const. 2, C. V, 63.

[19] Fr. 5, § 2, D. XXXIV, 9.

[20] Car le § 9, J. 1, 25 et le fr. 15, § 1, D. XXVII, 1, ne parlent que de celui qui a promis au père de l'impubère de ne pas faire valoir son excuse si la tutelle lui était déférée par une juste cause. — J. G. Heineccius,

§ 605. A. *De la tutelle testamentaire* [1].

La tutelle testamentaire repose, en droit romain, sur les principes suivants :

1. Le père de famille seul a le droit de nommer, pour le cas de sa mort, un tuteur à ses enfants et descendants impubères qui, au moment de son décès, se trouvent immédiatement sous sa puissance et deviennent *sui juris* après sa mort [2], peu importe que le père institue l'enfant héritier ou qu'il le déshérite [3].

2. La nomination d'un tuteur doit être faite dans un testament ou dans un codicille confirmé [4] ; elle peut l'être purement et simplement, ou sous condition, ou à partir d'un certain jour (*ex die*), ou jusqu'à un certain jour (*in diem*), ou sans déterminer de temps [5] ; mais le tuteur doit être une personne certaine, et cela depuis l'époque où il est nommé [6].

3. Le tuteur testamentaire valablement nommé par celui qui en avait le droit, s'appelait, chez les Romains, *tutor recte datus* [7]. Il acquérait le *jus tutelæ, ipso jure*, sans avoir besoin de la confirmation de l'autorité, et était dispensé de donner caution (*satisdatio*) [8].

La tutelle testamentaire n'était pas valablement conférée (*non recte datur*), lorsque celui qui nommait le tuteur n'avait pas l'impubère sous sa puissance paternelle, ou lorsque ayant réellement la puissance paternelle sur lui, il ne nommait pas le tuteur dans un testament ou dans un codicille confirmé par un testament. Mais le droit nouveau oblige l'autorité de confirmer, tantôt purement et simplement, tantôt après une enquête préalable, et après avoir fait donner caution, le tuteur testamentaire non valablement donné : on distingue donc la tutelle testamentaire en *parfaite* (*tutela testamentaria perfecta*) qui désigne la tutelle testamentaire valable de plein droit, et en *imparfaite* (*tutela testamentaria imperfecta*) qui comprend les cas dans lesquels l'une ou l'autre de ces conditions manque [9]. Dans la tutelle testamentaire imparfaite on distingue les cas suivants :

1. Lorsque le tuteur non valablement donné devait être confirmé sans enquête préalable et sans lui faire donner caution. Tel était le cas où le père nommait, dans un testament ou dans un codicille confirmé, un tuteur à son fils émancipé quoique non institué dans le testament [10] ; tel était encore le cas où le père, en nommant un tuteur à son fils de famille, le faisait dans un testament invalide ou dans un codicille non confirmé [11] ; celui où il avait nommé un tuteur à son fils naturel, mais celui-ci devait alors être institué [12].

2. Lorsque la confirmation nécessitait à la vérité une enquête, mais aucune caution : tel était le cas où le père nommait un tuteur à son fils naturel auquel il n'avait rien laissé [13], celui où la mère nommait un tuteur à son enfant institué [14] ; celui où la mère en donnait un à son enfant qu'elle n'avait pas institué [15] ; la confirmation était encore nécessaire lorsqu'un tuteur était donné, soit par un patron à son affranchi impubère institué, soit par toute autre personne à un impubère qu'elle instituait également son héritier ; pourvu que, dans ce dernier cas, l'enfant n'ait pas d'autres biens que ceux que le testateur lui laisse [16]. C'est le magistrat chargé de la confirmation du tuteur qui décide s'il y a lieu ou non à fournir caution. Le magistrat supérieur qui confirme après enquête n'exige jamais de caution ; mais un magistrat municipal est tenu de l'imposer [17].

Diss. de tutela pactitia s. conventionali. Lips. 1777 et dans ses *Opera*, t. III, sect. 4, p. 86.

[1] Gajus, I, 144 et suiv. — Ulpien, XI, XIV et suiv. — Inst. I, 14. — Dig. XXVI, 2. — Code, V, 28. — fr. 120, D. L, 16. — Glück, *Comm.* 29e partie, p. 197.

[2] § 3, J. I, 13. — fr. 73, § 1, D. L, 17. — fr. 1, § 1 ; fr. 4, D. XXVI, 2. Le père pouvait également nommer, dans son testament, un tuteur à son enfant posthume, si celui-ci était *sui juris* par la mort de son père. § 4, J. I, 13.

[3] Fr. 4, D. XXVI, 2. — fr. 38, § 3, D. XXVI, 7. — fr. 77, § 3, D. XXXV, 1.

[4] Fr. 3, D. XXVI, 2. — Const. 2, C. V, 28. Il n'est pas douteux qu'elle pouvait également être faite *in testamento parentum inter liberos*. — M. J. Euler, *De testam. parentum inter liberos*, § 70. Berol. 1820.

[5] § 1, 2, 3, J. I, 14. — fr. 8, § 2 ; fr. 10, § 3, 4, D. XXVI, 2. — fr. 11, D. XXVI, 1.

[6] § 27, J. II, 20. — fr. 20, pr. ; fr. 30, D. XXVI, 2. — Haubold, *Diss. de tutore incerto.* Lips. 1790. — C. G. Schweitzer, *Diss. ad tit. Dig. de rebus dubiis.* Lips. 1802, p. 47. — Le fr. 30, D. XXVI, 2 se trouve plus complet dans les *Vatic. Fragm.* § 227.

[7] Fr. 1, § 1, D. XXVI, 3. — Cpr. fr. 13, § 12, D. XXVII, 1.

[8] Fr. 7 ; fr. 17-19, D. XXVI, 2. — Gajus, I, 200.

[9] D. XXVI, 3. — Code V, 29. — Glück, *Comm.* 29e part. p. 233 et suiv. — De Buchholtz, *De confirmandis tutoribus.* Regiomont. 1833.

[10] § 3, J. I, 13. — fr. 1, § 1, D. XXVI, 3.

[11] Fr. 1, § 1, 2 ; fr. 3, D. XXVI, 3.

[12] Fr. 7, ibid.

[13] Fr. 7, ibid.

[14] Fr. 2, ibid. — Const. 4, C. V, 28.

[15] Const. 4 cit.

[16] Fr. 4, 5, ibid.

[17] Fr. 2, pr. ; fr. 5, D. ibid. — § 4, J. I, 24.

§ 606. B. *De la tutelle légitime* [1].

La tutelle légitime se base sur ce principe, que le plus proche héritier *ab intestat* de l'impubère a aussi le droit et le devoir de gérer la tutelle de ce dernier [2]. Néanmoins, la mère et l'aïeule de l'impubère qui veulent se charger de la tutelle, ont la préférence sur tous ses autres collatéraux [3]. Plusieurs héritiers *ab intestat*, parents au même degré avec l'impubère, ont tous également le droit et le devoir de gérer la tutelle, et lorsque le plus proche héritier est absolument et à jamais incapable, la tutelle passe au plus proche après lui [4]. Le tuteur légitime acquiert également *ipso jure* le droit de gérer la tutelle, sans avoir besoin de la confirmation de l'autorité [5].

§ 607. C. *De la tutelle dative* [6].

La tutelle dative ne peut être déférée que par l'autorité à laquelle la loi en donne expressément le droit; ce droit était, chez les Romains, de tout temps très-différent [7]. Quiconque a intérêt que l'impubère ait un tuteur [8], a le droit d'en demander la nomination à l'autorité [9]; les personnes qui y sont spécialement tenues sont la mère et l'aïeule du pupille, qui ne peuvent ou ne veulent pas se charger de la tutelle, ainsi que ses plus proches héritiers *ab intestat*, sous peine de la perte de leur droit de succession [10], à moins qu'ils n'aient à faire valoir une excuse particulière [11].

§ 608. *Du rapport qui existe entre ces trois espèces de tutelle.*

Ces trois espèces de tutelle sont entre elles dans le rapport suivant :

1. La tutelle testamentaire a la préférence sur toutes les autres [12].

2. Si le tuteur testamentaire n'est que momentanément empêché de remplir ses fonctions, le magistrat nomme un tuteur ou un curateur provisoire, jusqu'au temps où l'empêchement vienne à cesser; car, aussi longtemps qu'il y a espérance d'avoir une tutelle testamentaire, la tutelle légitime est exclue.

3. La même chose a lieu lorsque le tuteur légitime est momentanément empêché [13].

4. Mais au contraire, si la tutelle testamentaire n'a pas lieu soit avant soit après l'acceptation de la tutelle, il faut distinguer : ou le tuteur cesse ses fonctions avec l'intervention de l'autorité, dans ce cas, celle-ci en nomme un autre à la place du premier [14]; ou l'autorité n'intervient pas, dans ce cas, la tutelle devient légitime [15].

5. Si aucun tuteur testamentaire n'a été nommé, la tutelle est en premier lieu déférée au tuteur légitime [16], et à défaut de ce dernier, au tuteur nommé par le magistrat [17].

6. Enfin, si de plusieurs tuteurs testamentaires un vient à manquer, le magistrat en nomme un autre à sa place; s'ils font tous défaut sans l'intervention de l'autorité, la tutelle est déférée au tuteur légitime [18].

§ 609. V. *Des droits et des devoirs du tuteur.*

A. *En acceptant la tutelle.*

Tout citoyen, informé qu'une tutelle lui est déférée, doit aussitôt en prendre les fonctions, à moins qu'il n'ait l'intention de faire valoir une excuse; s'il omet de remplir ce devoir, il est responsable de tout dommage qu'il cause-

---

[1] Gajus, I, 155 et suiv. — Ulpien, XI, 3 et suiv. — Inst. I, 15, 17, 18, 19. — Dig. XXVI, 4. — Code, V, 30. — Nov. 118, ch. 5. — J. B. Friesen, *De tutelæ et successionis legitimæ nexu*. Jenæ, 1719. — A. J. Schott, *Diss. de tutela legitima*. Ultraj. 1723. — A. G. de Schrœter, *De nexu tutelæ et juris succedendi in bona defunctorum*. Jenæ, 1820. — Glück, *Comm*. 29e part. § 315 et suiv.

[2] D'après la règle : « Plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi et onus tutelæ esse debet. » pr. J. I, 17.

[3] Elles sont cependant obligées de renoncer au bénéfice du sénatusconsulte velléien, et elles perdent la tutelle en convolant en secondes noces. Const. 3, C. V, 35. — Nov. 94. — Nov. 118, ch. 5.

[4] Fr. 3, § 9, D. XXVI, 4. S'il est momentanément empêché, l'autorité nomme un tuteur provisoire.

[5] Gajus, I, 200.

[6] Gajus, I, 185 et suiv. — Ulpien, XI, 18 et suiv. — Inst. I. 20. — Dig. XXVI, 5. — Code Th. III, 17. — Code, V, 34. — Heineccius, *Antiq. rom.* I, 13, § 9-15. — Glück, *Comm*. 29e partie, p. 400 et suiv.

[7] Fr. 6, § 2, D. XXVI, 1. — fr. 77, D. L, 17, et les sources indiquées dans la note précédente.

[8] Fr. 2, pr. D. XXVI, 6.

[9] Dig. XXVI, 1. — Code Th. III, 18. — Code, V, 31. — Glück, 30e part. p. 78.

[10] Fr. 2, § 1, D. XXVI, 6. — Const. 10, C. VI, 58. — Const. 6, C. VI, 56.

[11] Fr. 2, § 26, 27, 28, 43, 46, D. XXXVIII, 17. — Const. 2, C. II, 35. — Const. 3, C. VI, 56. — Const. 8, C. V, 31.

[12] Fr. 11, pr. D. XXVI, 2. — Nov. 118, ch. 5.

[13] Par exemple : § 1, J. I, 20. — fr. 11, pr. D. XXVI, 2. — fr. 10, § 7, D. XXVII, 1. — § 5, J. I, 23.

[14] Par exemple : fr. 11, § 1, 2, D. XXVI, 2.

[15] Fr. 11, § 3, D. ibid.

[16] Pr. J. I, 15.

[17] Pr. J. I, 20.

[18] Fr. 11, § 4, D. XXVI, 2.

rait au pupille [1]. Le magistrat, en nommant ou en confirmant un tuteur dans ses fonctions, doit avoir soin de lui faire donner caution pour garantir les intérêts du pupille [2]; le droit nouveau oblige également tout tuteur à prêter serment [3].

§ 610. B. *Après avoir accepté la tutelle.* 1. *Des soins à donner à l'éducation du pupille.*

Les droits et les devoirs du tuteur, pendant sa gestion, se rapportent, d'après le droit nouveau, soit à la personne physique, soit à la personne civile du pupille, quant aux actes juridiques qu'il entreprend, soit enfin à l'administration de ses biens. Aux devoirs de la première espèce appartient celui de prendre soin de l'entretien et de l'éducation du pupille, sous la surveillance du tuteur honoraire [4] et de l'autorité [5]. Lorsque le père du pupille n'a pas fixé la somme à employer pour cet objet, ce soin est laissé à l'autorité [6], qui la détermine également lorsque la volonté du père pourrait occasionner du préjudice à l'enfant [7]. La personne chez laquelle le pupille doit résider et être élevé est également désignée par le père, ou elle ne l'est pas : dans le premier cas, l'éducation du pupille est abandonnée à la personne désignée [8]; dans le second cas, elle appartient à la mère du pupille, aussi longtemps qu'elle ne contracte pas un second mariage. Mais si la mère est décédée ou si les parents du pupille trouvent qu'il y a du danger de lui confier l'éducation de ce dernier, l'autorité a à choisir, entre ces personnes, celle chez qui le pupille doit demeurer et être élevé; le choix de l'autorité oblige celui sur qui il est tombé à prendre la tutelle [9].

§ 611. 2. *De l'autorité du tuteur* [10].

La destination principale du tuteur consiste, en droit romain, en ce qu'il doit défendre le pupille, *ne indefensum pupillum relinquat*, c'est-à-dire qu'il remplace entièrement la personne du pupille, ou qu'il la complète par son autorité, et qu'il le protége par là contre les désavantages qui seraient une conséquence de la capacité de contracter, qui lui manque entièrement ou qui du moins n'est pas complète chez lui [11]. Tant que le pupille est dans l'enfance (*infantia*) et qu'il n'a par conséquent aucune volonté pour agir, le tuteur le remplace dans les actes juridiques qui ne peuvent être omis sans qu'il en éprouve du préjudice (*negotia pupilli gerere debet*); mais aussitôt que le pupille est sorti de l'enfance (*infantia major*) et qu'il peut par conséquent agir par lui-même, le tuteur complète la personne impubère du pupille et sa volonté, en donnant son autorisation aux actes de ce dernier (*auctoritatem interponere s. auctor fieri debet*) [12]. Cette autorisation est nécessaire :

1° Dans tous les actes par lesquels le pupille s'oblige, ou qui opèrent un changement dans son état (*status*); mais elle n'est pas requise dans les cas où le pupille seul acquiert des droits sans s'obliger [13]. L'autorisation qui n'est pas donnée, lorsqu'elle est nécessaire, a pour effet de rendre l'acte nul de plein droit, en faveur du pupille; lui seul peut s'en prévaloir pour intenter une action, mais il ne peut jamais être actionné [14]; de pareils actes s'appellent *negotia claudicantia*. Lorsqu'au contraire l'autorisation du tuteur est intervenue, l'acte est, en strict droit, obligatoire pour le pupille, qui cependant peut demander la restitution en entier (*restitutio in integrum*), lorsqu'il a été lésé [15].

---

[1] Fr. 1, § 1; fr. 7, pr. D. XXVI, 7. — Cpr. fr. 5, § 10; fr. 39, § 6; fr. 58, § 2, D. ibid. — Const. 1, C. V, 28. — Const. 15, C. V, 62. — Const. 1, 3, C. V, 63.

[2] Gajus, 1, 199. — Inst. I, 24. — Code, V, 42.

[3] Nov. 72, ch. 8.

[4] Le tuteur honoraire (*tutor honorarius*) est, en droit romain, celui qui a la surveillance sur le tuteur gérant. Il est subsidiairement tenu de l'administration des biens, et s'appelle aussi *tutor notitiæ causa datus*. fr. 3, § 1, 2, D. XXVI, 7. — fr. 14, § 1, 6, D. XLVI, 3. — fr. 32, § 1, D. XXVI, 2.

[5] Dig. XXVII, 2. — Code, V, 49 et 50. — Glück, *Comm.* 30e part. p. 217; 32e partie, p. 155 et suiv.

[6] Fr. 3, pr. D. XXVII, 2.

[7] Fr. 2, § 3, D. ibid.

[8] Fr. 1, § 1, D. ibid. — Cpr. fr. 5, D. ibid.

[9] Const. 1, 2, C. V, 49. — Nov. 22, ch. 38.

[10] Inst. 1, 21. — Dig. XXVI, 8. — Cod. V, 59. — Glück, *Comm.* 30e part. p. 424 et suiv.

[11] Fr. 30, D. XXVI, 7.

[12] § 9, 10, J. III, 19 (20). — fr. 1, § 2; fr. 2, pr. D. XXVI, 7. — fr. 189, D. L, 17. — fr. 10, D. XXII, 6. — Const. 18, § 2, C. VI, 30. — Mais il n'est question ici que d'un *pupille*, c'est-à-dire d'un impubère *sui juris*, qui se trouve sous tutelle. fr. 239, D. L, 16. Car un impubère qui se trouve encore sous la puissance paternelle, est entièrement incapable de faire pour lui-même un acte juridique. — § 10, J. cit. : « qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur. » fr. 141, § 2, D. XLV, 1. — Le père de famille peut, à la vérité, lui donner ordre (*jussus*), comme à tout autre, même pubère, qu'il a sous sa puissance, de faire un acte, mais le père seul devient alors obligé. fr. 8, § 1; fr. 25, § 4, D. XXIX, 2. — fr. 1, § 4, D. XIV, 1. — fr. 7, § 2, D. XIV, 2.

[13] Pr. § 1, J. I, 21. — fr. 9, pr. XXVI, 8.

[14] Pr. J. cit. — fr. 13, § 29, pr. D. XIX, 1.

[15] Fr. 16, pr. D. IV, 4. — Const. 2, C. II, 25.

2° Tout tuteur, même le tuteur honoraire, a le droit d'interposer son autorité [1].

3° Le tuteur lui-même ou une des personnes soumises à sa puissance, qui conclut un acte avec le pupille, ne peut à cet effet interposer son autorité, *tutor in rem suam actor esse non potest;* il faut, dans ce cas, si le pupille n'a ni curateur ni tuteur honoraire, lui nommer un curateur qui donne son consentement à l'acte [2].

4° La forme de l'autorisation du tuteur exige qu'il soit présent à l'acte, et qu'il y consente instantanément, verbalement [3], sans y être forcé [4] et sans la restreindre par des conditions [5]. Le défaut d'une de ces conditions rend l'autorisation nulle [6].

§ 612. *Des protuteurs.*

Celui qui, sans être tuteur, fait des actes de tutelle, s'appelle en général *protutor* ou *falsus tutor.* Mais dans un sens plus restreint, il existe une différence entre ces deux espèces de tuteurs : en effet, celui qui, sans être tuteur, prend sur lui l'administration des biens d'un pupille, s'appelle *protutor, id est qui pro tutore negotia gerit* [7]; les mêmes devoirs lui incombent qu'au vrai tuteur, s'il agit *animo tutoris;* cependant le pupille peut demander qu'il soit écarté, s'il est démontré qu'il n'est pas réellement tuteur [8]. Au contraire, celui qui, sans être tuteur, interpose son autorisation dans un acte du pupille, se nomme *falsus tutor* [9]. Quant au pupille, cet acte doit être envisagé comme s'il avait été conclu sans tuteur, et il n'est valable qu'autant que les actes faits par les pupilles peuvent l'être sans autorisation [10].

§ 613. VI. *De la fin de la tutelle.*

A. *De plein droit.*

La tutelle cesse de plein droit :

1° Lorsque le pupille devient pubère, lorsqu'il meurt ou subit une diminution de tête [11].

2° Lorsque le tuteur meurt ou lorsqu'il perd l'état de liberté ou de cité [12].

3° Lorsque le tuteur testamentaire n'a été nommé que jusqu'à un certain temps ou jusqu'à l'avénement d'une condition, il se démet de la tutelle quand le temps est écoulé ou la condition arrivée [13].

4° Enfin, la tutelle cesse de plein droit, lorsque la mère ou l'aïeule, tutrice de ses enfants ou petits-enfants, convole en secondes noces [14].

§ 614. B. *Par disposition judiciaire.*

La tutelle prend fin par une disposition du juge :

1° Sur la demande du tuteur, en faisant valoir un motif d'excuse qui le libère de la tutelle déjà acceptée.

2° Contre la volonté du tuteur, lorsqu'il est soupçonné de ne pas remplir ses devoirs avec toute la fidélité, ou lorsqu'il donne occasion de le craindre (*tutor suspectus*); sa destitution devient par là nécessaire, ou du moins salutaire au pupille [15].

---

[1] Fr. 49, D. XXIX, 2. — fr. 14, § 1, 6, D. XLVI, 3. Quant à l'autorisation lorsque le pupille a plusieurs tuteurs, v. la const. 5, C. V, 59 comparée avec les fr. 4; fr. 5, § 2, D. XXVI, 8. — fr. 14, § 1, 2; fr. 100, D. XLVI, 3.

[2] § 3, J. I, 21. — fr. 1, § 13, D. XXXVI, 1. — fr. 15, pr. § 2; fr. 18, D. XXVI, 8. — Const. 5, C. IV, 38. — Nov. 72, ch. 2. — Mais si le tuteur n'avait que par la suite un intérêt à l'acte, il peut y donner son autorisation. fr. 1, pr.; fr. 7, pr. § 2, D. XXVI, 8.

[3] § 2, J. I, 21. — fr. 9, § 5, D. XXVI, 8.

[4] Fr. 1, § 1; fr. 17, D. ibid.

[5] Fr. 8, D. ibid.

[6] Fr. 2, D. ibid. — § 2, J. I, 21.

[7] Dig. XXVII, 5. — Code, V, 45. — M. Grassi, *Delibata ex materia juris protutorum.* Tubing. 1704. — Glück, *Comm.* 32e partie, p. 293 et suiv., p. 341 et suiv. — Roesler, *De protutore.* Heidelb. 1834.

[8] Fr. 4, D. XXVII, 5. — fr. 1, § 3, D. ibid.

[9] Dig. XXVII, 6. — *Fragm. Vat.* § 1.

[10] Pr. J. I, 21.

[11] Pr. § 1, 3, 4, J. I, 22. — fr. 4, pr. D. XXVII, 3. — fr. 13, pr. § 1, D. XXVI, 1. — Const. 1, 3, C. V, 60.

[12] § 4, J. I, 22. — fr. 14, § 3, 5, D. XXVI, 1.

[13] § 2, 5, J. I, 22. — fr. 14, § 3, 5, D. XXVI, 1.

[14] Const. 2, 3, C. V, 35. — Nov. 94, ch. 2. — Nov. 118, ch. 5.

[15] § 6, J. I, 22. — Cpr. Inst. I, 26. — Dig. XXVI, 10. — Code, V, 43. — Doneau, *Comm. jur. civ.* III, 10, 16. — Jo. Vallenhove, *De suspectis tutoribus et curatoribus*; dans Oelrichs, *Nov. thes. Diss. Belgic.* vol. I, t. 1, p. 189. — D. d'Heuw, *Diss. de suspectis tutoribus et curatoribus.* Brug. 1825. — Glück, *Comm.* 31e part. p. 41 et suiv.

CHAPITRE II.

DE LA CURATELLE.

§ 615. I. *Notion de curatelle* [1].

La curatelle, *cura s. curatio*, est une charge imposée à quelqu'un par l'autorité, d'administrer les biens de celui qui, par des motifs particuliers, est ou est regardé comme incapable de les administrer lui-même [2]. Celui qui est chargé de ce soin se nomme *curateur*. Il diffère essentiellement du tuteur en ce qu'il est simple administrateur des biens d'autrui, quoique, sous le rapport de cette administration, les mêmes principes s'appliquent à tous deux [3].

§ 616. II. *Divisions de la curatelle.*

Sous le rapport de son étendue, la curatelle se divise :

1. En curatelle *parfaite* et *imparfaite*, *cura plena et minus plena*, selon qu'elle renferme un droit plein et entier d'administrer, ou simplement le droit de garder les biens (*custodia bonorum*), combiné avec celui d'aliéner les choses qui ne se conservent pas [4].

2. En curatelle *personnelle* et *réelle*, *cura personalis et cura bonorum s. realis*; la première ne se rapporte qu'au bien-être et aux besoins personnels de celui qui se trouve sous curatelle ; par exemple, la curatelle d'un furieux, la curatelle au ventre (*cura furiosi*, *cura ventris*) ; la seconde, au contraire, ne s'occupe que de l'administration des biens. A côté de ces deux espèces de curatelle, il s'en présente une troisième, appelée curatelle *mixte* (*cura mixta*), qui réunit en elle les fonctions des deux autres [5].

3. En curatelle *générale* et *particulière* ; l'une embrasse tous les biens, l'autre des affaires particulières de celui qui y est soumis (*curator ad hoc*) ; par exemple, *ad litem*, *ad dotem constituendam*, *ad alimenta præstanda* [6].

4. En curatelle *volontaire* et *nécessaire*; la première est conférée à la demande de celui qui se trouve sous curatelle ; la seconde est, au contraire, donnée contre et sans sa volonté ; un exemple de la curatelle volontaire est celle des *mineurs* chez les Romains.

§ 617. III. *De l'incapacité et des excuses des curateurs.*

Le curateur doit être capable de se charger d'une curatelle, et sous cette condition, il est obligé de l'accepter, s'il ne peut faire valoir un motif d'excuse. Il faut appliquer aux curateurs ce que nous avons dit, aux §§ 602-608, de l'incapacité et des excuses des tuteurs ; il suffit de remarquer ici, que la mère et l'aïeule qui ont le droit de prendre la tutelle de leurs enfants et petits-enfants mineurs, n'ont pas celui de se charger de leur curatelle [7] ; que le mari et le fiancé ne peuvent devenir curateurs de leur femme ou de leur fiancée en état d'imbécillité [8], et que le tuteur d'un pupille, à la fin de la tutelle, n'est point tenu d'accepter la curatelle de cette même personne [9].

§ 618. IV. *De l'établissement de la curatelle.*

D'après le droit romain nouveau, toute curatelle repose, sous le rapport de son origine, sur un ordre du magistrat [10]. Celui-ci doit cependant, en nommant un curateur, avoir égard à la personne qui a été désignée dans le testament du père ou de la mère, et la confirmer s'il n'y a pas d'autres empêchements. A défaut de personne nommée dans le testament, il faut

[1] *V.* les écrits cités au § 600.

[2] Elle diffère de la procuration ordinaire, en ce qu'elle est conférée par le magistrat et, dans la plupart des cas, contre la volonté de celui qu'on y soumet. En effet, la procuration est volontairement donnée par celui qui fait soigner ses affaires et administrer ses biens par d'autres.

[3] De là, le fr. 13, pr. D. XXVII, 1, dit : « in paucissimis distant curatores a tutoribus. »

[4] Fr. 48, D. XXVI, 7. — fr. 1, § 17-24, D. XXXVII, 9.

[5] Fr. 7, pr. D. XXVII, 10.

[6] § 2, J. I, 23. — Const. 3, C. V, 44. — Const. 28, C. V, 12. — fr. 6, D. XXVII, 2.

[7] La Nov. 94 paraît, à la vérité, être opposée, mais elle ne l'est pas.

[8] Fr. 14, D. XXVII, 10. — Const. 2, C. V, 34. — fr. 1, § 5, D. XXVII, 1.

[9] § 18, J. I, 25.

[10] L'ancien droit nous parle d'une curatelle *légitime* des furieux et des prodigues, déjà mentionnée dans les Douze Tables. — Ulpien, XII, 2. — § 1, 3, J. I, 23.

avoir égard aux plus proches parents. Le même magistrat qui nomme les tuteurs, peut aussi déférer la curatelle [1].

§ 619. V. *Des espèces de curatelle.*

A. *De la curatelle des furieux et des fous.*

Les furieux, les fous et les autres personnes faibles d'esprit, qui ne se trouvent plus soumis ni à la puissance paternelle ni à la tutelle, doivent recevoir un curateur [2]. La curatelle des furieux était seule légitime dans l'ancien droit; elle appartenait aux plus proches agnats et aux *gentiles* du furieux [3]; le droit nouveau l'a étendue à d'autres personnes faibles d'esprit, qui ne peuvent administrer elles-mêmes leurs biens (*mente capti, fatui, dementes*), mais elle est ensuite devenue dative dans tous les cas [4]; néanmoins, l'autorité ne peut, sans motif particulier, éloigner de la curatelle celui qui a été désigné dans le testament du père, et à défaut de curateur nommé par testament, les plus proches parents du fou [5]. Le curateur doit non-seulement s'appliquer à administrer les biens, mais également à rétablir la santé du furieux ou du fou [6]. Si celui ci a des moments lucides, les fonctions du curateur sont suspendues dans cet intervalle; elles cessent entièrement aussitôt que la fureur ou la folie ont complètement disparu [7].

§ 620. B. *De la curatelle des prodigues.*

Quant à l'administration de ses biens, le prodigue, *prodigus*, est assimilé au fou. En droit, on ne regarde cependant comme prodigue que celui auquel l'autorité, après une enquête préalable, a interdit l'administration de ses propres biens, *cui bonis interdictum est* [8]. Dans l'ancien droit, l'administration de ses biens appartenait, dans ce cas, à ses agnats et à ses *gentiles;* le droit nouveau veut qu'un curateur lui soit nommé par le magistrat qui, dans ce choix, est tenu d'avoir égard aux plus proches parents [9]. Le prodigue peut librement disposer de sa personne, mais il ne le peut de ses biens, sans le consentement du curateur, excepté lorsque l'affaire qu'il conclut lui donne des droits sans l'obliger [10]. La curatelle du prodigue ne finit que lorsque le magistrat lève l'interdiction et lui rend l'administration de ses biens [11].

§ 621. C. *De la curatelle des pupilles.*

En règle générale, les pupilles ne reçoivent pas de curateur, parce qu'ils ont un tuteur qui doit en même temps administrer leurs biens [12]. Cette règle est néanmoins soumise aux exceptions suivantes :

1. Lorsque le pupille doit conclure un acte juridique avec son tuteur, lorsqu'il est en procès avec lui [13], ou qu'il existe d'autres prétentions entre eux [14].

2. Lorsque certains biens nécessitent une administration particulière, à cause de leur éloignement [15].

3. Lorsque le tuteur, à cause d'un empêchement temporaire, ne peut entrer immédiatement en fonctions, ou lorsqu'il est suspendu de ses fonctions [16], ou lorsqu'il s'en démet pendant un certain temps à cause d'absence pour les affaires de l'Etat [17].

4. Lorsqu'il présente une excuse ou lorsqu'il est accusé comme suspect [18].

---

[1] § 1, J. I, 23. — Cpr. la const. 7, § 5, C. V, 70.

[2] Fr. 3, pr. § 1, D. XXVI, 1. — Dig. XXVII, 10. — Code, V, 70. — Glück, *Comm.* 33e partie, § 1390-1398.

[3] Cicéron, *De Inventione*, II, 50 : « ad agnatos gentilesque deducendus est. » — Varron, *De Re rust.* 1, 2. — Ulpien, XII, 2.

[4] § 3, 4, J. I, 23. — fr. 1, pr. D. XXVII, 10. — Const. 1, C. V, 70. — fr. 1, § 11; fr. 2, D. III, 1.

[5] Fr. 16, D. XXVII, 10. — Const. 7, § 5, 6, C. V, 70. — Const. 27, C. I, 4. — fr. 2, 4, D. XXVII, 10.

[6] Fr. 7, pr. D. XXVII, 10.

[7] Fr. 1, pr. D. XXVII, 10. — Const. 6, C. V, 70. — Const. 3, C. VI, 36.

[8] Ulpien, XII, 2. — Paul, III, 4, A, § 7, donne la formule de l'interdiction : « Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. » — R. J. U. Wael, *Diss. de prodigis.* Groeniog. 1806. G. — Th. J. Wicherlinck, *De cura prodigorum.* Lugd.-Bat. 1821.

[9] Cicéron, *De Inventione.* II. 50. — Ulpien, XII, 2. — § 3, J. I, 23. — fr. 1, pr § 1; fr. 15, D. XXVII, 10 — Cpr. Dirksen, *Sur les XII Tables*, p. 379 et suiv. — Lorsqu'un père déclare dans un testament son fils prodigue et lui nomme un curateur, le magistrat est tenu de confirmer ce dernier. fr. 16, § 1-3 ibid.

[10] Fr. 10, pr. D. XXVII, 10. — Const. 3, C. II, 22. — fr. 26, D. XVIII, 1. — fr. 6, D. XLV, 1. — fr. 9, § 7, D. XII, 1. — fr. 5, § 1, D XXIX, 2.

[11] Il en est qui pensent différemment, à cause du fr. 1. pr D. XXVII, 10. Mais v. Voet, *Comm. ad Pand.* XXVII. 10. § 7.

[12] § 5, J I. 23. — fr. 11, D. XXVI, 5.

[13] § 3, J. I, 21.

[14] Nov. 72, ch. 2.

[15] Fr. 10, § 4; fr. 19; fr. 21, § 2, D. XXVII, 1. — Const. 11, C, V. 62.

[16] Fr. 10, § 7, 8; fr. 12, ibid.

[17] Fr. 15, D. XXVI, 5.

[18] Fr. 17, § 1, D. XLIX, 1. — § 7, J. I, 26.

Dans tous ces cas, le pupille reçoit un curateur, et ce n'est qu'à l'occasion d'un acte juridique qu'il doit nécessairement poser lui-même; qu'on lui donne un tuteur spécial pour compléter sa capacité civile, quand son tuteur ordinaire est momentanément empêché; ce tuteur lui est donné par exception à la règle *ad certam causam;* par exemple, pour faire adition d'une succession à lui déférée par un testament, qui nomme également un tuteur au pupille [1]. La curatelle des pupilles cesse d'ailleurs avec la cause qui y a donné lieu [2].

§ 622. D. *Curatelle des mineurs.*

1. *Quand a-t-elle lieu* [3]?

L'homme *sui juris* et *pubère*, quoique encore mineur, peut en général poser valablement et seul tous les actes juridiques; il administre lui-même ses biens, et son jeune âge seul ne peut être une cause de lui retirer cette administration pour la confier à un curateur [4]. Ce n'est que dans des cas particuliers que, par exception, le mineur reçoit un curateur, pour protéger ses intérêts dans les actes juridiques importants. Tel est le cas où le mineur intente une action [5]; où il reçoit un paiement de son débiteur [6]; tel est encore le cas où son tuteur doit rendre compte de sa gestion [7]. Hormis ces cas, le mineur ne reçoit de curateur que lorsqu'il en demande un au magistrat [8]; mais alors il doit le garder jusqu'à sa majorité [9].

§ 623. 2. *De ses effets.*

Quoique le mineur ait reçu, sur sa demande, un curateur pour l'administration de ses biens, il conserve cependant le droit d'obliger sa personne et ses biens par des conventions et d'autres actes de la vie civile, même sans le consentement du curateur [10]. Un acte de cette nature n'est jamais nul de plein droit, parce que le consentement du curateur lui manquerait, mais le mineur a le droit, si cet acte lèse ses intérêts, de demander à être restitué en entier (*restitutio in integrum*), à cause de sa minorité; cette restitution lui est accordée, lors même que le curateur aurait donné son consentement [11]. Mais lorsqu'il veut vendre, engager ou hypothéquer ses biens [12], ou faire un acte quelconque pour lequel tout mineur a besoin d'un curateur, d'après la disposition de la loi (§ 622), la validité de cet acte requiert le consentement de ce curateur. A défaut de ce consentement, l'acte est nul de plein droit en sa faveur, et sans que la restitution doive intervenir; mais si le curateur a donné son consentement, l'acte oblige le mineur en strict droit, et cependant s'il a été lésé, il peut invoquer la restitution en entier [13].

§ 624. 3. *Fin de la curatelle des mineurs.*

La curatelle des mineurs prend fin :

1° Par la mort du mineur ou du curateur [14].

2° Par la diminution de tête quelconque du premier, par la grande ou la moyenne du second [15].

3° Par la majorité du mineur ou par l'obtention d'une dispense d'âge, *venia ætatis* [16].

4° Par une excuse que le curateur fait valoir et qui le libère de la curatelle.

5° Par la suspicion du curateur [17].

6° Enfin, par l'avénement du temps ou de la

---

[1] Fr. 17, § 1, D. XLIX, 1. — fr. 19, D. XXVI, 8. — fr. 9, 13, pr. D. XXVI, 5.

[2] Par exemple : § 3, J. I, 21. — fr. 10, § 8, D. XXVII, 1.

[3] Sur l'histoire de cette matière, v. Huber, *Digressiones*, III, 17. — Heizer, *Ad legem Lætoriam* (mieux *Plætoriam*); dans Fellenberg, *Jurisp. antej.* II, n° 21. — Hœpfner, *De lege Lætoria et cura minorum.* Grissæ, 1778 — C. M. Van Bœlen, *Diss. de lege Lætoria et constitutione D. Marci de cura minorum.* Grœning. 1828. — Glück, *Comm.* 29e partie, p. 473; 30e part. p. 3 et suiv.

[4] § 2, J. I, 23. — fr. 13, § 2, D. XXVI, 5.

[5] § 2, J. cit. — Const. 1, C. V, 31. — Const. 11, C. V, 34.

[6] Fr. 7, § 2; fr. 27, § 1, 2; fr. 32, D. IV, 4.

[7] Const. 7, C. V, 31. — Cpr. fr. 5, § 5, D. XXVI, 7.

[8] Pr. J. I, 23, comparé avec le § 2, J. ibid. — fr. 13, § 2, D. XXVI, 5. — fr. 2, § 4, 5, D. XXVI, 6. — fr. 43, § 3, D. III, 2. — Const. 6, C. V, 31.

[9] Fr. 1, § 3, D. IV, 4.

[10] Fr. 101, D. XLV, 1. — fr. 20, § 1, D. XXXIV, 3, comparé avec le fr. 43, D. XLIV, 7. — fr. 16, pr. D. IV, 4. — fr. 3, § 2, D. XIV, 6. — fr. 2, § 1, D. L, 12. — Const. 12, C. VI, 30. — *V.* surtout Hœpfner, *Comm.* § 737, note 1.

[11] Fr. 1; fr. 29, pr.; fr. 47, D. IV, 4. — Const. 3, 4, 5, C. II, 22. — Code, II, 25.

[12] Const. 3, C. II, 22. Le curateur, en aliénant les immeubles du mineur et les choses assimilées aux immeubles, est soumis aux mêmes dispositions de loi que le tuteur en aliénant les biens du pupille. fr. 1, D. XXVII, 9.

[13] Fr. 7, § 2; fr. 32, D. IV, 4. — Const. 11, C. V, 34. — Const. 2, C. II, 25.

[14] Arg. § 3, J. I, 22.

[15] Arg. § 1, 4, J. ibid.

[16] Pr. J. I, 23. — Const. 2, C. II, 45. — *V.* plus haut, le § 131, note 8.

[17] Arg. § 6, J. I, 22.

condition ou par l'accomplissement de l'affaire, si le curateur a été nommé *ad diem*, ou *ad conditionem*, ou *ad certam causam* [1].

§ 625. E. *De la curatelle des infirmes.*

Les personnes *infirmes*, c'est-à-dire celles qui sont atteintes d'une infirmité perpétuelle, ou qui souffrent d'une maladie de longue durée, et sont par conséquent hors d'état d'administrer elles-mêmes leurs biens, peuvent recevoir un curateur ; cependant elles doivent en général en faire la demande et ne le gardent qu'aussi longtemps qu'il est nécessaire [2].

§ 626. F. *De quelques autres administrations de biens.*

Enfin, le droit romain parle encore des administrations de biens suivantes :

1. La curatelle des biens d'un débiteur entre les créanciers duquel le concours a été ouvert [3].

2. La curatelle *ventris et bonorum*, qui a lieu, lorsqu'à la mort du mari, la femme se trouve enceinte ; cette curatelle a pour but de veiller aux besoins personnels de la femme et à l'administration des biens qui appartiendront un jour à l'enfant conçu [4].

3. La curatelle des biens *ex edicto carboniano*, qui est donnée lorsque quelqu'un conteste à l'enfant impubère du défunt, qui se trouve en possession de la succession, son droit, par le motif qu'il ne serait point issu du défunt. L'enfant, dans ce cas, n'est protégé dans la possession de la succession, que lorsqu'il constitue les cautions nécessaires ; son tuteur conserve alors l'administration ; si, au contraire, il ne fournit pas les cautions, l'administration est transférée à un curateur et le procès relatif à la succession est suspendu jusqu'à la puberté de l'enfant [5].

4. La curatelle d'une hérédité jacente, *cura hereditatis jacentis*, ou l'administration d'une succession sur l'adition ou la répudiation de laquelle l'héritier ne s'est pas encore déclaré [6].

5. La curatelle des biens d'un absent, *cura bonorum absentis*, ou l'administration des biens de celui qui a disparu sans laisser de fondé de pouvoirs [7].

CHAPITRE III.

DE L'ADMINISTRATION DU TUTEUR ET DU CURATEUR.

§ 627. I. *Devoirs des tuteurs et curateurs en entrant en fonctions.*

Le tuteur et le curateur ont le droit et le devoir d'administrer les biens confiés à leurs soins [8]. Sous ce rapport, tout tuteur et curateur, même la mère qui prend la tutelle de ses enfants, est tenu, en entrant en fonctions, de faire un inventaire des biens du pupille, à moins que celui duquel le mineur a hérité les biens, soit le père, soit toute autre personne, n'ait expressément défendu de faire un inventaire. Cependant le père du pupille ne peut faire cette défense que quand il lui a laissé quelques biens [9]. Le tuteur ou le curateur qui ne fait point d'inventaire doit non-seulement répondre de tous dommages qui résulteraient de cette omission, mais il peut même, d'après les circonstances, être écarté comme suspect [10].

---

[1] Arg. § 2, 3, ibid. — § 3, J. I, 21. — fr. 10, § 8, D. XXVII. 1.

[2] § 4, J. I, 23. — fr. 2, D. XXVII, 10.

[3] Fr. 2, pr D. XLII, 7.

[4] Fr. 1. § 17-24, D. XXXVII. 9. — fr. 20, pr. D. XXVI, 5. — fr. 8, D. XXVII, 10. — fr. 48, D. XXVI, 7.

[5] Dig. XXXVII. 10.

[6] Fr. 3, D. XXVII, 10. — fr. 1, § 4 in fine, D. L, 4. — fr. 22, § 1, D. XLII, 5.

[7] Fr. 1, § 4, D. L, 4. — fr. 22, § 1, D. XLII, 5. — fr. 15, pr. D. IV, 6. — Const. 3, C. VIII, 51. — G. F. J. Schorch, *Meditat. in quibus præcipua capita doctrinæ de cura bonor. absentis examinantur.* Lips. et Frcf. 1761. — H. C. Motz, *Selecta capita doctrinæ de cura bonorum absentis.* Marb. 1785.

[8] Dig. XXVI, 7. — Code Theod. III, 19. — Code, V, 37, 38, 55. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 18-22. — Glück, *Comm.* 30e part. § 1328-1336.

[9] Const. ult. § 1, C. V, 51 comparee avec la const. 22, C. V, 37. — Nov. 117, ch. 1.

[10] Fr. 1, § 1; fr. 7, pr. D. XXVI, 7. — Const. 24, C. V, 37.

§ 628. II. *Pendant l'administration.*

Le tuteur et le curateur, en administrant les biens du pupille, sont tenus :

1° De prendre tous les soins nécessaires pour leur conservation, leur augmentation et pour en retirer de l'utilité [1]. Sous ce rapport, ils sont obligés de donner à l'administration de ces biens les mêmes soins qu'aux leurs ; ils sont donc responsables de tout dommage résultant de l'omission de ce devoir [2] ; mais ils ne sont tenus ni des fautes de leur prédécesseur, ni du dommage fortuit [3].

2° Les biens du pupille doivent, autant que possible, suffire au paiement de toutes les dépenses, notamment des frais d'éducation et des dettes [4] ; mais ils ne peuvent faire aucun présent qui n'est pas absolument nécessaire, si ce n'est pour donner des aliments aux frères et sœurs indigents du pupille [5].

3° Quant à l'aliénation des biens du pupille [6], ils sont tenus de remplir les formalités suivantes :

a) Ils sont non-seulement autorisés, mais même obligés d'aliéner les choses qui ne se conservent pas, sous peine de devoir restituer le dommage qui pourrait en résulter [7].

b) Les immeubles, au contraire, et les meubles qui se conservent ne peuvent, en général, être aliénés ou engagés que lorsqu'il y a nécessité absolue pour payer des dettes urgentes [8], et que l'autorité les a autorisés après une enquête préalable [9]. Les cas suivants sont néanmoins exceptés : lorsque le père du pupille a permis l'aliénation d'une chose, par son testament ; lorsque le prince l'a autorisée par un rescrit [10] ; lorsqu'un tiers est en droit de l'exiger [11] ; lorsque le tuteur donne une chose déjà engagée, en nantissement à celui qui donne des fonds pour payer le premier créancier gagiste ; mais les conditions de ce nouveau gage ne peuvent être plus désavantageuses que celles du premier [12] ; lorsqu'il vend la chose engagée au pupille [13] ; lorsqu'il fait des paiements, des prêts ou des acquisitions [14] ; enfin, lorsqu'il doit donner une caution judiciaire pour le pupille [15]. Toute autre aliénation faite sans autorisation de la justice est nulle [16], et peut être attaquée par le mineur qui doit prouver le vice dans la forme [17] ; il n'est alors tenu envers le tiers acquéreur que jusqu'à concurrence de ce qu'il a lui-même profité [18]. La nullité qui dérive du défaut d'un décret de la justice cesse d'exister, lorsque le mineur qui a atteint sa majorité ratifie l'aliénation, ou lorsque, dans le cas où elle est onéreuse, il ne l'attaque pas dans l'espace de cinq ans ; car des donations, ni le mineur, ni son curateur ne peut en faire même avec l'autorisation de la justice ; celui auquel elles sont faites a donc besoin, pour pouvoir posséder les choses, comme propriété irrévocable, de la prescrip-

---

[1] Fr 5, pr. ; fr. 7, § 3 ; fr. 13, § 1 ; fr. 15 ; fr. 32, § 1, 2 ; fr. 46, § 7, D. XXVI, 7. — Const. 22, 24, C. V, 37. — Code, V, 56. — Nov. 72, ch. 6-8.

Le tuteur peut-il donner à loyer ou à ferme les biens du pupille, au delà de la durée de la tutelle ? — Quelle est la responsabilité du tuteur, quant aux créances appartenant aux biens du pupille ? — Quelle est l'obligation des tuteurs de mettre les capitaux du mineur à intérêts ? — Le tuteur ne peut employer secrètement les capitaux du pupille à son avantage personnel ; il devrait en payer l'intérêt le plus élevé. fr. 7, § 4-13 ; fr. 54, D. XXVI, 7. — fr. 38, D. III, 5. — Mais il lui est permis d'emprunter des sommes appartenant au pupille, en payant un intérêt. fr 9, § 7. D. XXVI, 7. — Lorsqu'en entrant en fonctions, le tuteur a déjà trouvé des capitaux prêtés, et s'il n'a rien négligé pour les faire rentrer, il ne répond que de la faute lourde. fr. 15, 35, 39, § 14, D. XXVI, 7. — Const. 2, C. V, 51.

[2] Fr. 1, pr. D. XXVII, 3. — Cpr. fr. 10 ; fr. 33, pr. D. XXVI, 7. — Const. 7, C. V, 51. — Lœhr, *Theorie der Culpa*, p. 168. — Hasse, *Die Culpa*, § 71-75 et dans l'appendice, p. 601. — Du cas où plusieurs tuteurs administrent, *v.* fr. 3 ; fr. 4 ; fr. 55, pr. D. XXVI, 7. — Const. 2, C. V, 52.

[3] Const. 4, C. V, 38. — Cpr. cependant fr. 37. § 1, D. III, 5. — fr. 35, D. XII, 1. — fr. 4, D. XXVII, 8.

[4] Fr. 9, § 5 ; fr. 13, § 2, D. XXVI, 7. — Const. 1, 2, C. V, 50.

[5] Fr. 22 ; fr. 46, § 7 ; fr. 12, § 3, D. XXVI, 7. — fr. 12. § 3 ; fr. 13, § 2, D. ibid. — fr. 1, § 4, 5, D. XXVII, 3.

[6] Dig. XXVII, 9. — Code, V, 71-74. — Haubold, *Hist. juris civilis romani de rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis.* Lips. 1798. — Glück, *Comm.* 23e partie, § 1381 ; 33e partie, § 1382-1389.

[7] Const. 22 in fine, C. V, 37. — Cpr. const. 28, § 5, C. ibid. — Const. 4, C. V, 72. — fr. 7, § 1, D. XXVI, 7.

[8] Fr. 5, § 14, D. XXVII, 9. — Const. 12, C. V, 71.

[9] Const. 22, C. V, 37. — Const. 13, C. V, 71.

[10] Fr. 1, § 2. 3 ; fr. 14, D. XXVII, 9. — Const. 2, 3, C. V, 72.

[11] Fr. 1, § 2 ; fr. 5, § 6, D. XXVII, 9. — Const. 2, 15, 17, C. V, 71. — Const. 1, C. V, 72.

[12] Fr. 7, § 5. 6. D. XXVII, 9.

[13] Fr. 5, § 3, D. ibid.

[14] Const. 23, 24, C. V, 37.

[15] Const. ult. § 3, C. ibid.

[16] Const. 14, 15, 16, C. ibid. — fr. 5, § 15, D. XXVII. 9. — Code, V, 73.

[17] Fr. 1, § 2 ; fr. 5, § 15, D. ibid. — Const. 2, C. V, 73. — Arg. fr. 5, § 1, D. XXII, 3. — Le fr. 13, § 2, D. VI, 2, n'est pas contraire.

[18] Const. 10, 16, C. V, 71. — Const. 16, C. V, 37. — fr. 10, D. XXVII, 9.

tion ordinaire, qui ne commence que du moment où le mineur a atteint sa majorité [1].

§ 692. III. *En sortant de fonctions.*

A la fin de la tutelle ou de la curatelle, le tuteur et le curateur sont obligés de rendre compte de leur gestion [2]. Ni le père du pupille, ni le prince ne peuvent les dispenser de remplir cette obligation ; le pupille seul, sorti de la tutelle ou de la curatelle, peut les affranchir de ce devoir [3]. Un curateur doit assister le pupille qui reçoit lui-même le compte de tutelle [4]. L'inventaire doit être la base de la reddition de compte ; il faut exactement spécifier les recettes et les dépenses dont les postes importants doivent être appuyés de quittances. Après la clôture du compte, le tuteur ou le curateur doit restituer le reliquat des biens du pupille, avec les intérêts du jour de la clôture. Le pupille, le mineur et le fou ont une hypothèque légale sur tous les biens du tuteur, pour assurer la fidèle gestion de la tutelle ou de la curatelle, la restitution des biens et les dommages-intérêts à prester par le tuteur ou le curateur ; les prodigues, les infirmes et les absents ne jouissent point de ce droit [5]. Il est encore à remarquer qu'il est défendu au tuteur, sous peine de faux, de conclure aucun contrat avec le fisc avant d'avoir rendu ses comptes [6].

§ 630. IV. *Des actions résultant de la gestion.*

L'administration d'une tutelle produit entre le pupille et le tuteur :

1° Une obligation *quasi ex contractu* (§ 497). La loi donne à cet effet au pupille l'action directe de tutelle, *actio tutelæ directa*, au moyen de laquelle il actionne le tuteur en exécution de ses obligations, surtout quant à l'administration des biens ; le tuteur de son côté a l'action de tutelle contraire, *actio tutelæ contraria*, pour demander la restitution de ce que, pendant son administration, il a dépensé de ses propres biens à l'avantage du pupille [7]. Par analogie, la première de ces deux actions se donne utilement (*utiliter*) contre le curateur, de même que celui-ci peut intenter la seconde contre celui dont il a administré les biens [8]. Le pupille a contre le protuteur l'action *protutelæ directa*, de même que celui-ci a contre le pupille l'action *protutelæ contraria* [9].

2° Le tuteur ou le curateur qui a soustrait quelque chose des biens de son pupille, peut être poursuivi au moyen de l'action *de distrahendis rationibus*, qui est une action pénale, et qui a pour but de faire restituer le double de ce qui a été soustrait [10].

---

[1] Const. 2, 3. C. V, 74. Les auteurs expliquent de diverses manières la const. 3 citée. *V.* L. W. de Weyhe, *Comm. de tempore præscriptionis ex alienatione rerum, quæ minorum sunt.* Gœtt. 1810.—Unterholzner, *Verjæhrungslehre*, t. II, p. 43.

[2] Dig. XXVII. 3. En droit romain, le tuteur et le curateur ne doivent rendre compte que lorsque la tutelle et la curatelle cessent. fr. 4, pr. D. ibid. — Const. 14. C. V, 37.

[3] Fr. 9; fr. 20, § 1; fr. 28, § 4; fr. 31, § 2, D. XXXIV, 3.

[4] § 2. J. I, 23.— fr. 9, § 4, D. XXVII, 3.—*V.* plus haut, le § 622.

[5] Const. 20, D. V, 37. — Const. un. § 1, C. V, 13. — Const. 7, § 5, C. V, 70. — Nov. 118, ch. 5 à la fin.

[6] Fr. 1, § 9-12, D. XLVIII, 10. — fr. 49, D. XIX, 2. — Const. un. C. V, 41.

[7] § 2, J. III, 27 (28). — Dig. XXVII, 3 et 4. — Code, V, 51-54.— Glück, *Comm.* 32e partie, p. 174 et suiv.

[8] Fr. 1, § 2. D. XXVII, 4.—fr. 16. § 1, D. XXVII, § 3. — Const. 3, C. V.

[9] Dig. XXVII, 5. Le protuteur qui administre les biens du pupille a en général les mêmes droits et devoirs que le véritable tuteur. Comme lui, il est donc responsable du dol, de la faute et de la *diligentia quam in suis rebus*, s'il agit *animo tutoris* ; car autrement il ne doit être regardé que comme *negotiorum gestor* et répond comme tel, de tous soins. fr. 1, § 1, 6 ; fr. 4, D. XXVII, 5.

[10] Fr. 1, § 19-24; fr. 2, D. XXVII, 3.—Paul, II, 30.

LIVRE IV.

DU DROIT DE SUCCESSION [1].

SECTION PREMIÈRE.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES GÉNÉRALES [2].

§ 631. I. *Succession en général.*

On emploie en général le mot de *succession*, toutes les fois qu'une personne entre au lieu et place, ainsi que dans les droits d'une autre. Relativement aux biens, la succession se divise en *succession entre vifs* (*successio inter vivos*) et en *succession à cause de mort* (*successio mortis causa*), selon que l'on est mis dans les droits aux biens d'une personne vivante ou d'une personne défunte. L'une et l'autre se divisent à leur tour en succession *universelle* (*successio per universitatem; successio universalis*) et en succession *à titre particulier* (*successio in singulam rem; successio singularis*); dans la première, on succède dans tous les biens du défunt, considérés comme une universalité de choses (*in universum jus*), c'est-à-dire dans ses droits aussi bien que dans ses obligations; dans la seconde, au contraire, on ne succède que dans des droits particuliers [3]. Nous ne parlerons, dans ce livre, que de la succession à cause de mort universelle et à titre particulier (*successio mortis causa universalis et singularis*), c'est-à-dire des *successions* et des *legs*.

§ 632. II. *Notion de succession.*

La mort d'une personne éteint en elle tous ses droits de famille, mais quant aux droits sur ses biens, ils se transmettent en général à d'autres personnes.

1. Le patrimoine d'un défunt, considéré comme un ensemble juridique, comme une universalité de droit, s'appelle sa *succession*, *hereditas*, dans le sens objectif, ou *patrimonium defuncti*, *bona defuncti*, *universum jus defuncti* [4]; on le nomme aussi *familia* [5]. La succession se compose donc non-seulement

[1] Sur l'ensemble du droit de succession : Doneau, *Comm. jur. civ.* liv. VI, VII, VIII, IX, ch. 1-4. — L. G. Madihn, *Principia juris romani de successionibus seu de jure hereditario.* Francof. ad Viad. 1787; ed. rep. præl. 1792. — C. F. Dalwigk, *Versuch einer philos. jurist. Darstellung des Erbrechts*, ou *Essai d'une exposition philosophique du droit de succession;* 1re et 2e parties, Wiesbaden, 1820; 3e partie, ibid. 1828. — Ed. Gans, *Das rœmische Erbrecht in seiner Stellung zum vor- und nach rœmischem Rechte*, ou *Le droit de succession romain comparé au droit antérieur et postérieur aux Romains*, t. I, Berlin, 1824; t. II, Berlin, 1825; t. III, Stuttg. et Tübing. 1829. — Hunger. *Das rœmische Erbrecht.* Berlin, 1834. — Mayer, *Die Lehre vom Erbrecht.* Berlin, 1840. — Rosshirt, *Die Lehre vom Erbrecht.* — Heidelb. 1840, 5 vol.

[2] C. F. Rosshirt, *Einleitung in das Erbrecht und Darstellung des ganzen Intestat-Erbrechts, besonders nach rœmischen Quellen*, ou *Introduction au droit de succession et exposition de tout le droit de succession* ab intestat, *principalement d'après les sources du droit romain.* Landshut, 1831, § 1-10.

[3] Gajus, III, 78-84. — Inst. III, 10 (11), 12 (13), donnent des exemples d'une succession entre vifs, par universalité.

[4] Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 2.

[5] Par exemple, les titres au Digeste et au Code, intitulés *familiæ erciscundæ*. — Lex XII Tabb. : « Agnatus proximus *familiam* habeto. » — Ulpien, XXVI, 1.

des droits sur les créances qui appartenaient au défunt, mais aussi de ses dettes [1], à l'exception des droits et des dettes essentiellement attachés à sa personne qui s'éteignent avec sa mort [2].

2. Le droit d'un survivant aux biens d'un défunt se nomme *droit de succession, hereditas*, dans le sens subjectif; celui auquel ce droit appartient s'appelle *héritier, heres*, et lorsqu'il se met au lieu et place des droits du défunt, on dit qu'il lui *succède* (*succedit in universum jus defuncti*), ce qui se nomme aussi *hereditas* [3]. L'idée de succession et de droit de succession suppose donc que quelqu'un soit décédé : *hereditas viventis non datur* [4].

§ 633. III. *De l'héritier ou du successeur universel.*

L'*héritier* (*heres*, on *successor universalis mortis causa*) est celui qui entre activement et passivement dans tous les biens du défunt, *qui succedit in universum jus, quod defunctus habuit*. Il succède donc non-seulement aux droits et aux créances, mais également aux charges du défunt, avec lequel il ne doit être considéré, quant aux biens, que comme une seule et même personne, et qu'il représente dans tous ses droits actifs et passifs susceptibles de transmission [5]. Il importe peu qu'une seule personne ou plusieurs succèdent au défunt; car, même dans ce dernier cas, chacune devient héritière de l'universalité des biens, de *tous* ses droits et de *toutes* ses charges, quoique chacune n'ait droit qu'à la part à laquelle elle a été appelée (*pro rata*). S'il n'existe qu'un seul héritier, il s'appelle *heres pro asse* ou *heres solus;* si, au contraire, plusieurs personnes sont appelées à la succession, chacune se nomme, quant à la succession, *heres ex parte*, et à l'égard de ceux qui héritent avec elle, *coheres, cohéritier*. L'héritier est d'ailleurs ou héritier *direct* (*heres directus*), lorsqu'au moment même de la mort du défunt il est mis en son lieu et place, ou héritier *fidéicommissaire* (*heres fideicommissarius*), lorsque la succession, soit en tout, soit en partie, lui est transférée par l'intermédiaire de l'héritier direct qui, sous ce rapport, se nomme héritier *fiduciaire* [6].

§ 634. IV. *Du successeur particulier.*

Le successeur particulier est en général celui qui ne succède qu'aux droits actifs particuliers du défunt, peu importe qu'il ne succède qu'à un seul droit, ou à plusieurs, ou à tous [7]; il diffère donc de l'héritier : en effet, il n'y a pas d'unité de personnes entre le successeur particulier et le défunt, comme dans le cas de l'héritier; le successeur particulier n'est donc pas tenu des dettes du défunt, pas même lorsqu'une chose hypothéquée pour la dette du défunt lui a été léguée. Il doit, à la vérité, souffrir le droit d'hypothèque dont la chose est grevée, comme une charge (*onus rei*), et il peut être actionné au moyen de l'action hypothécaire, comme tout possesseur de la chose hypothéquée [8], mais il ne devient pas personnellement débiteur du créancier, comme l'héritier. Aux successeurs particuliers à cause de mort appartiennent en particulier : le *légataire, legatarius*, le *fidéicommissaire à titre particulier, fideicommissarius singularis*, et le *donataire à cause de mort, mortis causa donatarius;* nous en parlerons successivement.

§ 635. V. *De la capacité de succéder.*

L'héritier, aussi bien que le successeur particulier, doit être *capable* de succéder. Le droit romain déclare incapables de succéder, soit par disposition de dernière volonté, soit par succession *ab intestat :*

1. Les hérétiques et les apostats [9].

2. Les coupables de haute trahison, leurs fils et leurs filles; cependant les filles peuvent recevoir de la mère leur part légitime [10].

---

[1] Fr. 3, pr. § 1, D. XXXVII, 1. — fr. 119, 208, D. L, 16. — fr. 50, pr. D. V, 3.

[2] Fr. 1, § 43, D. XLIII, 20. — Const. 14, C. III, 33.

[3] Fr. 62, D. L, 17. — fr. 24, D. L, 16 : « Nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus, quod defunctus habuit. » On prend très-souvent le mot *successio* dans le sens objectif pour hérédité. Par exemple : fr. 19. D. V, 2. — Const. 10. C. III, 36. — Const. 2, C. VI, 15.— Const. 3, C. VI, 58. — Const. 9, C. VI, 59.

[4] Fr. 1, D. XVIII, 4. — fr. 19. XXIX, 2.

[5] Fr. 37, D. XXIX, 2. « Heres in omne jus mortui non tantum singolarum rerum dominiom succedit. » — Fr. 24, 208, D. L, 16. — fr. 11, D. XLIV. 3. — Cpr. fr. 34, D. XLI, 1. — fr. 31, § 1, D. XXVIII, 5. — fr. 13, § 5, D. XLIII, 24. — fr. 1, pr. D. I, 8,

[6] § 2, J. II, 23.

[7] La donation de tous les biens, faite à cause de mort ou entre vifs, ne produit jamais qu'une succession à titre particulier.

[8] Const. 2, 7, C. IV. 16. — fr. 16, § 3; fr. 17, D. XX, 1. — Cpr. fr. 34. § 2, D. XXXII.

[9] Const. 4, 5, C. I, 5. — Const. 3, C. I, 7.

[10] Const. 5, § 1, 5, C. IX, 8.

3. Les personnes condamnées à mort [1].

4. Les corporations illicites ou non autorisées par l'Etat [2].

5. Toutes les femmes *turpes et probrosæ* [3].

6. La veuve qui se remarie endéans l'année de deuil ne peut rien acquérir par disposition de dernière volonté, et hériter *ab intestat* de ses parents jusqu'au troisième degré seulement [4]. Nous indiquerons en particulier plus loin les personnes incapables d'acquérir soit *ab intestat*, soit par testament.

§ 636. VI. *De la délation et de l'acquisition de la succession.*

Il faut distinguer, en matière de succession, la *délation* et l'*acquisition* réelle.

1) La délation de la succession a lieu (*hereditas delata est*) lorsque, par un motif quelconque, elle est offerte à quelqu'un qui peut alors l'acquérir [5].

2) L'acquisition de la succession, au contraire (*hereditas acquisita est*), consiste en ce que celui auquel la succession est déférée, l'acquiert réellement et devient ainsi héritier. L'acquisition d'une succession suppose donc toujours qu'elle ait été déférée, et la délation, que l'héritier ait survécu au défunt [6].

§ 637. VII. *Des causes de délation.*

A. *Généralités.*

La délation d'une succession se base, en droit romain, soit sur un *testament* du défunt, soit sur les *dispositions de la loi*, à défaut de testament. Il y a donc deux espèces d'ordres de succession; l'ordre *testamentaire* (*successio testamentaria*) et l'ordre *légal* ou *ab intestat* (*successio ab intestato s. legitima*) [7]. Au contraire, le droit romain refuse tout effet à des dispositions de dernière volonté revêtues de la forme d'un contrat; celui-ci ne peut donc jamais servir de base à une succession universelle [8].

§ 638. B. *Du rapport qui existe entre les successions testamentaire et ab intestat.*

Les deux espèces d'ordres de succession dont nous venons de parler sont entre elles dans le rapport suivant :

1) L'ordre de succession testamentaire est préféré à la succession *ab intestat* aussi longtemps qu'il est possible [9].

2) En droit romain, les deux ordres sont incompatibles dans la même succession, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent exister l'un à côté de l'autre, mais ils s'excluent mutuellement. C'est à ce principe que se rapporte cette règle du droit romain, aussi remarquable que riche en conséquences : *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* [10]; cette règle ne reçoit pas son application dans les successions des soldats [11], et subit plusieurs exceptions dans celles des habitants de la campagne (*pagani*) [12].

§ 639. VIII. Hereditas *et* bonorum possessio.

A. *Notion et différence entre elles.*

Les ordres de succession testamentaire et *ab intestat* se basaient, chez les Romains, soit sur le droit civil, soit sur l'Edit du préteur. Le système de succession du droit civil, qui était originairement le seul en vigueur dans l'Etat romain, se nommait *hereditas*, et celui qui y était appelé se nommait *heres*, héritier; au contraire, celui qui avait le droit prétorien pour base se nommait *bonorum possessio*, et celui qui y était appelé, *bonorum possessor* [13].

---

[1] Fr. 13, D. XXXVII, 1.

[2] Const. 8, C. VI, 24.

[3] Fr. 41, § 1, D. XXIX, 1.—fr. 2, § 2; fr. 13; fr. 14, D. XXXIV, 9. — Const. 5, C. VI, 21.

[4] Const. 1, C. V, 9. — Cpr. § 573.

[5] Fr. 151, D. L, 16. « Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi. »

[6] Fr. 19, D. XXIX, 2.

[7] § 6 in fine, J. II, 9. — fr. 39, D. XXIX, 2.

[8] Const. 30, C. II, 3 — Const. 5, C. V, 14. — Const. 4, C. VIII, 39. — Cpr. fr. 29, § 2, D. XXXIX, 5. — fr. 61, D XLV, 1. — Const. 19, C. II, 3. — J. Fr. Malblanc, *Diss. improbati pacti hereditarii ex jure romano*. Tüb. 1798. — F. Bouterweck, *De fundamento successionis tam allodialis quam feudalis et ratione differentiæ inter successionem germanicam et romanam*. Gœtt. 1786.—J. Linde, *Diss. de successione germanica, imprimis pactitia*. Bonnæ, 1820, p. 7.

[9] Fr. 39, D. XXIX, 2. « Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. » — Const. 8, C. VI, 59.

[10] Fr. 7, D. L, 17. « Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse : earumque rerum naturaliter inter se pugna est. » — § 5, J. II, 14. — Cicéron, *De Invent.* II, 21.— Sur les conséquences et les effets de cette règle, *v.* fr. 1, § 4; fr. 9, § 13; fr. 74, D XXVIII, 5. — fr. 41, § 8 in fine, D. XXVIII, 6. — § 9, J. II, 14.— fr. 34, D. XXVIII, 5.— Const 20, C. VI, 30.

[11] Fr. 6, D. XXIX, 1 : « — miles enim pro parte testatus decedere potest, pro parte intestatus » — § 5, J. II, 14. — fr. 15, § 4; fr. 17, pr.; fr. 37, D. XXIX, 1. — Const. 1, 2, C. VI, 21.

[12] Dans la rescision partielle d'un testament inofficieux, fr. 15, § 2; fr. 24, D, V, 2.

[13] Gajus, III, 25-38. —Ulpien, XXVIII. — Inst. III,

Ce qui donna originairement lieu à cette *bon. possessio*, c'est que le préteur, dans son Edit, admit peu à peu au droit de succession, en qualité d'héritiers, plusieurs personnes qui n'y avaient aucun droit. Il se servait à cet effet de la forme de l'envoi dans les biens (*missio in bona*), et de là est venue l'expression *bonorum possessionem dabo*. Il donnait en même temps à celui à qui il promettait la *bon. poss.*, l'interdit *quorum bonorum*, contre le possesseur de la succession et des biens qui y appartenaient; cet interdit tendait à les faire restituer [1]. Pour acquérir cette *bon. poss.*, il était requis que celui auquel l'Edit l'offrait, la demandât au préteur. Le *bonor. possessor* ne devenait pas précisément héritier, mais on le regardait et le traitait comme tel, et la loi lui accordait tous les droits et lui imposait tous les devoirs de l'héritier (*est heredis loco*) [2]. Lorsque ce droit de succession prétorien se fut peu à peu étendu et perfectionné, le préteur établit enfin, dans son Edit, un système complet de succession testamentaire et *ab intestat*. Ce système s'appliquait à toutes les personnes qui devaient profiter du bénéfice de la *bon. poss.*, aussi bien aux *heredes*, c'est-à-dire aux *héritiers civils*, qu'à ceux qui n'avaient pas cette qualité, mais auxquels il donnait la *bon. poss.* s'ils voulaient la demander. Il détermina en même temps l'ordre dans lequel ceux qui avaient droit à la *bon. poss.* pouvaient la demander, et prescrivit des délais fixes endéans lesquels il fallait la réclamer, sous peine d'échéance [3].

§ 640. B. *Des diverses espèces de* bonorum possessio.

L'expression *bonorum possessio*, quant aux biens délaissés par un défunt, comprend dans le sens général deux espèces de cas essentiellement distincts. Dans les uns, on acquiert, sous le nom de *bonorum possessio*, un véritable droit de succession (mais seulement prétorien), que l'on pourrait nommer la *bon. poss.* dans son vrai sens; dans les autres, le droit de succession est incertain et l'on n'acquiert, par l'envoi du préteur, que la possession provisoire et le droit de prendre des aliments sur les biens (*missio in possessionem bonorum defuncti*); nous en parlerons plus loin. Nous ne traiterons ici que de la *bon. poss.* dans le vrai sens, qui se divise :

1° En *edictalis* et en *decretalis*. Elle est édictale dans les cas où elle est déférée à quelqu'un d'après les termes dont l'Edit se sert, et où il peut simplement la demander en vertu de l'Edit, sans qu'il soit nécessaire ni d'une enquête (*causæ cognitio*), ni d'un décret. Elle est, au contraire, décrétale dans les cas où quelqu'un, qui n'y est pas appelé d'après les termes de l'Edit, croit cependant pouvoir la demander d'après son esprit; mais alors une enquête et un décret particulier du préteur qui la confère, sont toujours requis [4]. La *bon. poss.* édictale est la règle, la décrétale est l'exception.

2° Relativement aux héritiers civils, elle est toujours *utilis*, c'est-à-dire qu'elle n'est point nécessaire au *heres* pour devenir héritier; mais lorsqu'il la demande, il en acquiert les avantages, notamment l'interdit *quorum bonorum* [5]. Au contraire, relativement à ceux qui n'y sont appelés que par l'Edit du préteur, elle est *necessaria*, c'est-à-dire que, sans cela, ils ne peuvent être appelés à la succession.

3° Enfin, la *bon. poss.* se divise encore en *bon. poss. cum re s. cum effectu* et en *bon. poss. sine re s. sine effectu* : la première est celle où l'héritier prétorien, qui l'a demandée, conserve la succession; la seconde a lieu lorsqu'elle lui est de nouveau enlevée par un héritier civil plus proche [6].

§ 641. C. *De l'ordre de succession dans la* bonorum possessio.

La *bon. poss.* était déférée dans l'ordre suivant [7] :

1) En premier lieu venait la *bon. poss. contra tabulas s. contra nuncupationem*, en faveur

9 (10). — Dig. XXXVII, XXXVIII. — Code VI, 11-13. — Theophile, sur les Inst. III, 9. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 14. — Heineccius, *Antiq. rom.* III, 10. — Hugo, *Diss. de bonor. possessionibus*. Halæ. 1788. — Koch, *Bonorum possessio*. Giessen, 1799. — Glück, *De la suc. ab intestat*, 2e éd. § 86-107. — Hugo, *Rechtsg* p. 550 et suiv ; 578 et suiv.; 940, 1127. fr. 117; fr. 125, § 1, D. L, 17. — E. Gmelin, *De convenientiis et differentiis inter hereditatem et bonorum possessionem*. Gœtt. 1808.

[1] Gajus, III, 34; IV, 144. — § 3, J. IV, 15. — Dig. XLIII, 2. — Code, VIII, 2.

[2] Gajus, III, 32; IV, 34. — § 2, J. III, 9 (10). — Cpr. fr. 2, D. XXXVII, 1. — fr. 138, D. L, 16. — fr. 117; fr. 125, § 1, D. L, 17.

[3] § 4-7, J. III, 9 (10). — Dig. XXXVIII, 15.

[4] Par exemple : fr. 6, D. XXXVIII, 6. — fr. 4, D. XXXVII, 8. — fr. 1, § 7, D. XXXVIII, 9.

[5] Fr. 2, § 21. D. XXXVIII, 17. — Const. 13, C. VI, 30. — *Coll. legg. Mos. Rom.* XVI. § 3.

[6] Gajus, II, 148, 149; III, 35-37. — Ulpien, XXVIII. 13.

[7] Ulpien, XXVIII, 1. — fr. 6, § 1, D. XXXVII, 1.

des héritiers *siens* (*sui*) et des émancipés omis dans le testament du père, qui eussent été *siens* sans l'émancipation [1].

2) S'il n'y avait ni héritiers siens ni héritiers émancipés omis, la *bon. poss.* était déférée *secundum* (*juxta, adversus*) *tabulas s. nuncupationem*, d'après un testament valable non-seulement en droit civil, mais également en droit prétorien [2].

3) Enfin, s'il n'existait pas de testament, la *bon. poss.* était déférée *ab intestat;* en droit nouveau, elle est d'abord accordée aux enfants (*liberi*), ensuite aux héritiers légitimes (*legitimi*); après eux, aux cognats, et enfin, *ex edicto unde vir et uxor*, à l'époux survivant [3]. Toute *bon. poss.* demandée dans cet ordre de l'Edit perpétuel, s'appelait *ordinaire* (*ordinaria*); toute autre qui n'appartenait pas à une classe déterminée se nommait *extraordinaire, extraordinaria* : tels étaient surtout les cas de la *bon. poss. decretalis* [4].

SECTION II.

DE LA DÉLATION DE LA SUCCESSION.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ORDRE DE SUCCESSION AB INTESTAT [5].

TITRE PREMIER.

PRINCIPES GÉNÉRAUX DU DROIT DE JUSTINIEN.

§ 642. I. ***Quand la succession est-elle déférée ab intestat?***

L'ordre de succession *ab intestat* n'est en général ouvert, que lorsqu'il n'existe pas d'héritier testamentaire, ou qu'il n'y a pas d'espoir qu'il en existera (§ 638) [6]. Ainsi, la succession est déférée *ab intestat* :

1° Lorsque le défunt n'a point laissé de testament.

2° Lorsque le testament qu'il a fait est nul dès le principe.

3° Lorsque le testament, quoique valable au commencement, est devenu invalide par la

---

[1] § 3, J. III, 9 (10). — Dig. XXXVII, 4-7. — Code, VI, 12.

[2] § 3, J. cit. — Dig. XXXVII, 11. — Code, VI, 11.

[3] § 3, J. cit. — Inst. III, 5, 6. — Dig. XXXVIII, 6-12. — Code. VI, 14, 15, 18.

[4] Fr. 3, § 3, D. XXXVII, 5. — fr. 3, § 14-16, D. XXXVII, 10.

[5] Sources de l'ancien droit : Gajus, III, 1-31. — Epit. Gaji, II, 8. — Ulpien, XXVI. — Paul, IV, 8-10. — *Coll. leg. Mos. et Rom.* XVI. — Code Théod. V, 1. — Inst. III, 1-6. — Dig. XXXVIII, 16, 17. — Code. VI, 55-59. — Pour le droit nouveau en particulier : Nov. 118. — Nov. 127, pr. et chap. 1.

Bibliographie : Doneau, *Comm. jur. civ.* XI, 1-4. — V. Fosterus, *De hereditatibus, quæ ab intestato deferuntur.* Colon. 1594. — Arnold Rotgersius, *Apodicticæ demonstrationes*, vol. 1, lib. I, *de successione legitima sec. Nov.* 118. Lugd.-Bat. 1727. — J. Ranchinus, *Tract. de successione ab intestato;* dans Meerman, *Thes.* t. III, p. 191. — S. Stryck, *Tract. de succ. ab int.* Francof. ad. V. 1733. — Q. G. Schacher, *Spec. histor. jur. civil. vicissitudines successionis ab intestato apud romanos exponens.* Lips. 1762. — G. Ch Kock, *Successio ab intestato civilis in suas classes nova methodo redacta.* Jenæ, 1757, ed. noviss. Giessæ, 1798. — G. Hugo, *Comm. de fundamento successionis ab intestato ex jure romano antiquo et novo.* Gœtt. 1785. — C. F. Rosshirt, *Einleitung in das Erbrecht*, etc. Landshut, 1821. — B J. Lintelo de Geer, *Disp. qua nov. CXVIII ex jure pristino explicatur.* Traj. ad Rh. 1841.

[6] Pr. J. III, 1. — Fr. 39, D. XXIX, 2. — Const. 8, C. VI, 59.

suite, et que le préteur ne pouvait pas même déférer la *bon. poss. secundum tabulas.*

Dans le premier et dans le second cas, l'ordre de succession *ab intestat* est ouvert au moment de la mort du défunt; dans le troisième cas, au contraire, il faut distinguer si le testament devient invalide avant ou après la mort du défunt. S'il l'est avant sa mort, l'ordre de succession *ab intestat* est ouvert au moment de la mort ; s'il l'est après, la succession n'est ouverte que du moment où il devient certain qu'aucun héritier testamentaire ne vient à la succession [1].

§ 643. II. *Du droit de succéder.*

A. *De sa cause.*

La capacité de succéder *ab intestat* ou le droit *in abstracto* de succéder *ab intestat*, en supposant l'existence de la capacité générale de succéder, repose, d'après le droit romain de Justinien [2] :

A. Principalement sur la parenté du sang avec le défunt, sans faire de distinction entre la cognation et l'agnation [3]. Mais en général, la parenté doit être légitime. Quant aux enfants illégitimes :

1. Les *incestueux* sont incapables de succéder ni à leurs père et parents paternels, ni à leurs mère et parents maternels, qui, à leur tour, ne leur succèdent pas [4].

2. Les *adultérins* et les *bâtards* (*adulterini, spurii et vulgo quæsiti*) succèdent, comme les enfants légitimes, à leur mère et aux parents de celle-ci, qui à leur tour, leur succèdent également [5].

3. Les enfants *naturels* sont également admis à la succession de leur mère et des parents de cette dernière, comme enfants légitimes, et laissent la leur à ces mêmes personnes; mais ils ne sont en général héritiers de leur père et des parents de celui-ci, que lorsqu'il ne laisse ni enfants ni épouse légitimes; la loi leur accorde alors la sixième partie de la succession qu'ils partagent avec leur mère [6].

4. Les enfants illégitimes, légitimés par la suite, sont assimilés aux enfants légitimes [7].

5. Les enfants nés d'un mariage putatif succèdent à leurs père et mère et aux parents de ces derniers comme les enfants légitimes ; mais celui-là seul des père et mère qui était de bonne foi à l'époque de la célébration du mariage, est admis à la succession de ces enfants (§ 547).

6. Enfin, il est à remarquer que dans toute la ligne de la parenté naturelle, aucune personne capable de succéder ne peut exister entre le défunt et l'héritier.

B. L'adoption sert également de base à la succession *ab intestat* (§ 584-585) ; cela a lieu de la manière suivante :

1. Les *adrogés* et les *enfants donnés en adoption à leur ascendant naturel* succèdent à leur père adoptif et aux agnats de ce dernier, comme réciproquement ceux-ci leur succèdent [8]; mais ils ne sont pas admis à la succession de la femme du père adoptif ni à celle des parents de cette dernière [9].

2. Les enfants donnés en adoption à toute autre personne (*extraneo*) sont capables de succéder à leur père adoptif, mais celui-ci ne leur succède pas plus qu'ils ne sont admis à l'hérédité de ses agnats [10].

3. Les enfants adoptés par une femme héritent de leur mère adoptive, mais non de ses parents [11]; la mère adoptive ne leur succède pas, parce qu'il n'y a entre eux et elle de parenté ni civile ni naturelle. D'ailleurs, la capacité de succéder, basée sur l'adoption, présuppose que le lien de l'adoption ait subsisté jusqu'à la mort du défunt [12]; et l'on comprendra ainsi de soi-même, d'après la Novelle 118, que les enfants adoptés de toute espèce laissent aussi leur succession à leurs parents naturels auxquels ils succèdent également [13]. Ce qui est certain, c'est que celui

---

[1] § 6, J. III, 2 — fr. 2, § 5, D. XXXVIII, 16.
[2] Nov. 118. — Nov. 127, pr. ch. 1.
[3] Nov. 118, ch. 4. — L'alliance ne donne aucun droit à la succession. Const. 7, C. V, 59.
[4] Const. 6, C. V, 5. — Nov. 74, ch 6. — Nov. 89. ch. 15. — Heise, *De successoribus necessariis.* Gœtt. 1802, p. 61.
[5] § 4, J. III, 5. — § 3, J. III, 4. — Const. 5, C. VI, 57.
[6] Nov. 118, ch. 5. — Nov. 89, ch 12. § 4, 6.
[7] Const. 10, C. V, 27. — Nov. 89. ch. 8; ch. 9, § 1. — Nov. 74, ch. 2. — Madihn, *De legitime natorum portione legitima in successione cum legitimatis.* Halæ, 1755. — G. P. Kohl, *De successione ab intestato per rescr. legitimatorum exstantibus liberis legitime natis.* Gœtt. 1800.
[8] § 2, J. I, 11. — Const. 10, pr. § 5, C. VIII, 48. — § 2, 14, J. III, 1.
[9] Fr. 23, D. I, 7.
[10] Const. 10, § 1, C. VIII, 48.
[11] Const. 5, C. ibid.
[12] § 11, J. III, 1.
[13] Parce que la parenté du sang entre eux et leurs parents naturels qui, d'après la Nov. 118, sert de base au droit de succession, continue à subsister malgré l'adoption.

qui est adopté par un étranger à la famille (*ab extraneo*) succède, *comme enfant*, à ses parents naturels, de même qu'avant la Novelle ; mais l'on n'est point d'accord sur la question de savoir si l'adrogé et l'enfant adopté par un ascendant viennent à la succession de leur père naturel, *comme enfant* dans la première classe, ou comme simple parent dans la quatrième classe.

C. Enfin, il est plusieurs autres personnes qui, pour des motifs particuliers et sous certaines conditions dont nous nous occuperons plus loin, acquièrent un droit de succéder *ab intestat* aux biens du défunt.

§ 644. B. *De l'époque à laquelle la capacité de succéder doit exister.*

La capacité de succéder *ab intestat* doit exister, dans le chef de l'héritier, depuis le moment où la succession est ouverte (§ 642), sans interruption jusqu'à celui où il fait adition de l'hérédité [1]. Il importe peu qu'il soit né ou seulement conçu au moment de la délation de la succession ; en effet, l'enfant conçu, s'il naît homme, vivant, viable et en temps utile, peut faire valoir son droit de succession, comme s'il avait déjà été né au moment du décès de la personne dont il réclame la succession [2].

§ 645. III. *De l'ordre de succession.*

A. *Généralités.*

Toutes les personnes qui ont le droit abstrait de succéder *ab intestat* (§ 643) ne viennent pas, à la mort du défunt, en même temps à sa succession ; la loi détermine, au contraire, entre elles un certain ordre que l'on appelle ordre de succession *in concreto* (*ordo succedendi*). Dans une succession de parents, cet ordre se base bien moins sur la proximité du degré de parenté avec le défunt, que sur l'espèce de parenté entre lui et ses héritiers ; il se fonde sur la descendance, l'ascendance ou la parenté collatérale. Pour donner un aperçu plus facile de cet ordre de succession, on a divisé les parents capables de succéder *ab intestat*, en quatre classes [3]. Dans la première classe succèdent les descendants du défunt, et sans distinction de degré, *tous* les descendants qui n'ont pas, dans leur souche, entre eux et le défunt, d'autre descendant intermédiaire vivant ; dans la seconde, les ascendants les plus proches en degré, les frères et sœurs germains du défunt, et les enfants des frères et sœurs du défunt, décédés avant lui ; dans la troisième, sont appelés les frères et sœurs unilatéraux du défunt, ainsi que les enfants des frères et sœurs unilatéraux décédés avant le défunt ; dans la quatrième, les autres parents collatéraux les plus proches en degré, qui ne se trouvent ni dans la seconde ni dans la troisième classe, sans distinction entre les germains et les unilatéraux [4].

§ 646. B. *Principes particuliers.*

Les principes suivants s'appliquent aux quatre classes dont nous venons de parler :

1) La classe antérieure exclut la classe postérieure, c'est-à-dire qu'aussi longtemps qu'il existe des personnes qui appartiennent à une classe antérieure, aucun héritier d'une classe postérieure ne peut venir à la succession.

2) Dans la succession d'un ascendant, ses petits-enfants, arrière-petits-enfants, etc., viennent à la succession en vertu d'un *droit de représentation illimité*, par lequel les descendants éloignés d'un défunt prennent la place de leur parent prédécédé, et reçoivent dans la succession autant que celui-ci aurait eu s'il avait survécu à la personne dont la succession est ouverte [5]. Ce droit de repréaentation n'était

---

[1] Fr. 1, § 4, D. XXXVIII, 17. — Cpr. § 4, J. II, 19. — fr. 49, § 1 ; fr. 59, § 4, D. XXVIII, 5. — fr. 54, D. XXIX, 2.

[2] D'après la règle : nasciturus pro jam nato habetur, si de ejus commodo agitur (§ 123). *V.* aussi : fr. 1, § 5, D. XXXVIII, 17.

[3] Cette distinction se trouve déjà dans la Nov. 118 ; non dans les mots dont elle se sert, mais bien dans le fait.

[4] On à fait de ces quatre classes les vers suivants :

Descendens omnis succedit in ordine primo,
Ascendens proprior, germanus, filius ejus,
Tunc latere ex uno junctus quoque filius ejus,
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

Quelquefois on trouve intercalés, entre le 3e et le 4e, les vers suivants :

Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem
Juncti ascendentes fratrum proles quoque sola.

Hugo cite ces vers dans son *Droit romain moderne*, 7e éd. p. 186. — H. G. Wittich, dans son *Système de droit civil*, t. III, § 34, y en ajoute un 3e :

Cognatusque heres, quem continet ultima classis.

Ces trois vers ne se rapportent pas à l'ordre de succession, mais à la manière et à la portion pour laquelle les héritiers appelés succèdent.

[5] L'expression *jus repræsentationis* ne se ren-

applicable, dans l'ancien droit romain, qu'en faveur des descendants du défunt, pour lesquels il n'était restreint à aucun degré [1]. Justinien l'étendit aux fils et aux filles des frères et sœurs du défunt soit germains, soit unilatéraux ; mais il en exclut les petits-enfants des frères et sœurs du défunt qui, de cette manière, ne viennent à la succession ni dans la seconde ni dans la troisième classe, mais seulement avec la quatrième [2]. D'ailleurs, l'efficacité de ce droit ne dépend, ni chez les descendants du défunt, ni chez les fils et filles des frères et sœurs, de la circonstance que celui que la loi autorise à se mettre au lieu et place de son père ou mère prédécédé, ait réellement succédé à ces derniers.

3) Les quatre classes sont soumises à une *succession de degrés et d'ordres* (*successio graduum et ordinum*), c'est-à-dire : lorsque celui qui est le premier appelé dans une classe vient à manquer et n'a point de cohéritiers auxquels sa part accroît [3], ou lorsque ceux-ci viennent également à faire défaut, la succession est déférée à ceux qui, dans la même classe, sont appelés les premiers après le défaillant (*successio graduum*). Mais lorsque, dans la classe à laquelle les héritiers appelés et défaillants appartiennent, il n'existe plus de personne successible, ou lorsque tous les héritiers de cette classe viennent à manquer d'après la succession des degrés, la succession est déférée à ceux qui, dans la classe suivante, sont les premiers appelés (*successio ordinum*) [4].

§ 647. IV. *Du partage de la succession.*

A. *Généralités.*

Lorsque la loi appelle dans l'ordre de succession en même temps plusieurs parents au partage d'une hérédité, il se présente la question de savoir *pour quelle portion chacun d'eux est appelé*. Le partage de la succession peut en général se faire de trois manières :

1° Elle peut être divisée en autant de parts qu'il y a de personnes successibles dont chacune reçoit alors une *portion virile* (*portio virilis*) : cette espèce de partage s'appelle *successio in capita* [5].

2° Elle peut être partagée en autant de portions égales que les personnes successibles forment de souches ; de cette manière, chaque souche principale reçoit une portion qui, à son tour, se partage par têtes ou de nouveau par souches entre les personnes qui appartiennent à la souche : c'est ce qu'on nomme *successio in stirpes* [6].

3° Enfin, le partage peut se faire de manière à diviser la succession en deux portions égales, dont l'une revient aux ascendants paternels, l'autre aux ascendants maternels et dont chacune se partage à son tour par têtes : c'est là la *successio in lineas* [7].

§ 648. B. *De l'influence de la double parenté sur le partage de la succession.*

Celui qui est de plusieurs manières parent avec le défunt, a souvent un droit à plusieurs

---

contre pas en droit romain, qui consacre cependant le principe. Nov. 118, ch. 1 : « — sic tamen ut si quem horum descendentium filios relinquentem mori contigerit, illius aut filios aut filias, aut alios descendentes *in proprii parentis locum succedere——tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem in stirpes vocavit antiquitas.* » Comparez avec ce passage, le § 6, J. III, 1. — Sur la matière en entier, v. C. Gmelin, *Diss. exhib. historiam, repræsentationis jure civ. rom.* — Tubing. 1787. — Glück, *Intestaterbfolge*, § 22-26 *b.* — C. F. Normann, *Diss. de jure repræsentationis.* Hafniæ, 1828.

[1] Plusieurs jurisconsultes prétendent cependant que les descendants du défunt ne succèdent pas par droit de représentation (*jure repræsentationis*), mais *jure proprio*, et qu'il ne peut être question pour eux du droit de représentation qu'eu égard au partage de la succession : cette opinion est entièrement fausse et donne lieu à des conséquences également erronées.

[2] Nov. 118, ch. 3 verb. « Si autem defuncto fratres —— si superstes esset. » — Nov. 127, pr. verb. « Meminimus——et illius ferentes portionem. »

[3] Il est cependant des auteurs qui donnent la préférence à la succession par degrés sur le droit d'accroissement.

[4] Cette succession par degrés et par ordres est déjà basée sur l'Édit successoire du préteur. Dig. XXXVIII, 9. Elle fut étendue par Justinien quant à l'ancien ordre de succession, et la Nov. 118 n'y a rien modifié. § 7. J. III, 2. — § 4, 5, J. III, 9 (10), et Ulpien, XXVIII. 11.

[5] La Novelle 118, ch. 3, § 1. s'exprime de la manière suivante sur cette espèce de partage de la succession : « secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur : quod *in capita* nostræ leges appellant. »

[6] La Novelle 118, cap. 1, dit des personnes qui appartiennent à la même souche : « tantam de hereditate morientis accipientes partem, quanticunque sint, quantam eorum parens, si viveret, habuisset, quam successionem *in stirpes* vocavit antiquitas. » — *V.* aussi ch. 3, pr.

[7] Voici comment s'exprime la Novelle 118, ch. 2 : « ex æquo inter eos (ascendentes paternos et maternos) hereditas dividatur : ut medietatem quidem accipiant omnes a patre ascendentes, quanticunque fuerint : medietatem vero reliquam a matre ascendentes, quantoscunque eos invenire contigerit. »

portions héréditaires ; il a toujours ce droit, lorsque le partage se fait par souches (*in stirpis*) ou par lignes (*in lineas*), il ne l'a jamais là où il se fait, dès le principe, par têtes [1]. Dans ce dernier cas, chaque tête n'est comptée qu'une seule fois ; dans les deux premiers cas, au contraire, celui qui a une parenté double reçoit dans chaque souche od dans chaque ligne sa portion, et de cette manière il est compté plusieurs fois.

TITRE II.

DE L'ORDRE DE SUCCESSION AB INTESTAT EN PARTICULIER.

§ 649. I. *De l'ordre de succession de parents. Première classe.*

Les personnes qui viennent en premier lieu à la succession sont les descendants du défunt qui, existant au moment de l'ouverture de la succession, sont les plus proches dans leur souche, sans égard au sexe, au degré de parenté, à la puissance paternelle, à la primogéniture ou à la naissance des héritiers du même ou de plusieurs mariages [2]. S'il n'existe que des descendants au premier degré, la succession se partage par têtes ; dans les autres cas, et dans celui où tous les descendants qui viennent à la succession descendent d'un seul fils ou d'une seule fille du défunt [3], elle se divise par souches [4].

§ 650. *Deuxième classe.*

1. *Qui succède?*

Lorsque le défunt ne laisse point de descendants successibles, ou lorsqu'ils viennent tous à manquer, les héritiers de la seconde classe arrivent à la succession. A cette classe appartiennent :

1° Les ascendants du défunt les plus proches en degré, sans distinguer à quelle ligne ils appartiennent, de sorte que l'ascendant le plus proche exclut non-seulement celui qui, dans sa ligne, est plus éloigné que lui, mais également celui qui l'est dans l'autre ligne, et que des ascendants également proches dans les deux lignes viennent conjointement à la succession.

2° Les frères et sœurs germains du défunt, successibles relativement à leur père et à leur mère (§ 645) [5].

3° Les fils et filles, mais non les petits-enfants, des frères et sœurs germains du défunt décédés avant lui ; mais il faut qu'ils aient eu la capacité de succéder à leur père ou à leur mère prédécédé, et que ce dernier ait pu succéder au défunt [6]. Toutes ces personnes viennent ensemble et concurremment à la succession [7].

§ 651. 2. *Comment le partage se fait-il?*

Le mode de partager la succession diffère, dans cette classe, selon les diverses personnes qui concourent à l'hérédité. Ainsi :

---

[1] Justinien ne l'a pas dit expressément, à la vérité, mais ce principe découle de la nature de la succession par têtes, par souches et par lignes.

[2] Nov. 118, ch. 1. 4.

[3] Ce point est cependant contesté, et quoiqu'il soit sans intérêt pratique, quant au partage d'une succession échue aux descendants *ab intestat*, il est cependant important lorsqu'il s'agit de la part légitime des petits-enfants et de la portion d'une veuve pauvre. L. L. G. Süpitz, *De nepotibus ex filio unico avo non in capita sed in stirpes succedentibus*. Helmstad. 1806.

[4] § 6, 16, J. III, 1. — Nov. 118, ch. 1. — Relativement à l'usufruit paternel sur les biens adventices des enfants, il faut encore remarquer les deux cas suivants :

1. Lorsqu'un fils de famille meurt en laissant des descendants, qui ne se trouvent plus sous la puissance du père du défunt, ils héritent le pécule adventice de celui-ci, à l'exclusion de son père qui en conserve l'usufruit, sa vie durant. Const. 11, C. VI, 59. — Const. 6, § 1, C. VI, 61.

2. Un aïeul n'a plus sous sa puissance son fils, mais le petit-fils de ce dernier : ce petit-fils meurt sans descendants. Son père alors hérite le pécule adventice à l'exclusion de l'aïeul qui conserve l'usufruit qu'il avait. Const. 3, C. VI, 61. C'est à ces const. antérieures que se rapportent les mots de la Nov. 118, ch. 1 : « Nam in usufructu harum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his omnibus leges parentibus custodimus. »

[5] Nov. 118, ch. 2, 3.

[6] D'après la Nov. 118, ch. 3, verb. : « Si autem cum fratribus defuncti etiam ascendentes, etc., » les enfants des frères et sœurs ne partageaient pas la succession avec les ascendants. Ce point a été changé par la Nov. 127, ch. 1, de Justinien.

[7] D'après la Novelle 118, ch. 2, le père succède avec les frères et sœurs germains du défunt, qui l'excluaient avant la Nov. 118. — Const. 11, C. VI, 59. — Const. 3 ; const. 4 ; const. 6, pr. § 1, C. VI, 61. Mais il n'a pas l'usufruit de la part qui revient à ces collatéraux.

1° Lorsqu'il n'y a que des ascendants qui succèdent, et lorsqu'ils n'appartiennent qu'à une seule ligne, ils partagent la succession par têtes; mais lorsqu'ils appartiennent aux deux lignes, le partage se fait par lignes (§ 647).

2° Lorsqu'il n'y a que des frères et sœurs germains et des enfants de frères et sœurs germains prédécédés, il faut distinguer :

a) S'il n'y a que des frères et sœurs, le partage se fait par têtes.

b) S'il n'existe que des fils et des filles de frères et sœurs germains prédécédés, partagent-ils également par têtes, soit qu'ils représentent un seul frère ou une seule sœur, soit qu'ils représentent plusieurs frères ou sœurs? Ainsi, par exemple, lorsqu'un oncle laisse trois neveux, dont l'un est fils unique, tandis que les deux autres ont le même père ou la même mère, le partage se fera-t-il par tête ou par souches? Chacun des trois neveux prendra-t-il un tiers, ou bien au contraire donnera-t-on la moitié au premier, et le quart à chacun des deux autres? Cette question, que Justinien laisse indécise, a partagé les interprètes. Azon s'est prononcé pour le partage par têtes, Accurse pour le partage par souches [1].

c) S'il y a concours entre frères et sœurs et des enfants de frères et sœurs prédécédés, la succession se divise par souches.

3° Lorsque des ascendants succèdent avec des frères et des sœurs germains et des enfants de frères et sœurs prédécédés, il faut distinguer :

a) Si des frères et sœurs germains concourent avec des ascendants, ils partagent par têtes.

b) S'il y a en même temps des ascendants, des frères et sœurs et des fils ou des filles de frères et sœurs prédécédés, les ascendants et les frères et sœurs reçoivent une portion virile, les enfants de frères et sœurs prédécédés, une part de souche.

c) Enfin, s'il y a concours entre des fils et filles de frères et sœurs prédécédés, et des ascendants, les premiers reçoivent également une part pour chaque souche, tandis que les seconds succèdent par têtes [2].

§ 652. *Troisième classe.*

A défaut d'héritiers de la seconde classe, la troisième vient au partage de la succession. A cette classe appartiennent :

1° Les frères et sœurs unilatéraux du défunt, sans faire de distinction entre leur qualité de consanguins ou d'utérins; mais il est nécessaire qu'ils aient la capacité de succéder au parent qui leur est commun avec le défunt.

2° Les fils et les filles de frères et sœurs unilatéraux du défunt prédécédés; ils doivent réunir les mêmes conditions, quant à la capacité de succéder, que les fils et les filles de frères et sœurs germains prédécédés [3]. Il faut appliquer ici, pour le partage de la succession, les principes établis au paragraphe précédent, n° 2. Ni dans cette classe, ni dans la suivante, il n'y a distinction à faire entre les biens qui proviennent du côté paternel et ceux qui viennent du côté maternel.

§ 653. *Quatrième classe.*

Lorsqu'il n'existe point de personnes d'une des classes précédentes, la succession est dévolue au parent de la quatrième classe qui est le plus proche en degré du défunt, sans distinguer s'il est son parent germain ou unilatéral. Ici encore, il faut appliquer la règle générale qu'il doit être parfaitement capable de succéder, et qu'entre lui et le défunt il n'existe aucune personne capable de succéder à son parent. S'il y a plusieurs parents également proches en degré, ils viennent conjointement à la succession et la partagent par têtes [4].

§ 654. II. *De quelques autres successions.*

Outre les parents, il est d'autres personnes auxquelles la loi donne, par des motifs particuliers, un droit de succession. Ce sont :

A. La succession de l'époux survivant qui hérite dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un époux décède sans laisser de parents successibles, le conjoint survivant soit le mari, soit la femme, succède, même encore en droit nouveau, en vertu de l'Edit du préteur *unde vir et uxor* [5].

[1] Ce point fut décidé en Allemagne par l'arrêt de la diète impériale, de 1529, § 31, en faveur d'Azon qui admet la succession par têtes, quoique cette opinion ne soit pas très-juste.

[2] On se dispute sur la question de savoir si, dans ce cas, les enfants de frères et sœurs prédécédés viennent à la succession en concurrence avec les ascendants. La jurisprudence d'Allemagne s'est déclarée, d'après l'esprit de la Novelle 118, pour leur admission par souches.

[3] Nov. 118, ch. 3.

[4] Nov. 118, ch. 3 in fine.

[5] § 6, J. III, 9 (10). « — Aliam vero bonorum possessionem, quæ *unde vir et uxor* appellatur — — in suo vigore servavimus. » — Dig. XXXVIII, 11. — Code, VI, 18.

2° Lorsqu'un mari fortuné décède en laissant une veuve pauvre non dotée, celle-ci acquiert, conjointement avec les parents du défunt, quels qu'ils soient, une partie des biens [1] qu'aucune disposition ne peut lui enlever [2]. La part de la veuve est d'une portion virile, lorsqu'elle vient à la succession avec plus de trois descendants du mari, issus soit d'un mariage antérieur, soit du sien [3]; mais dans tous les autres cas, lorsqu'elle coucourt avec trois ou moins de trois descendants, ou avec d'autres parents du mari, en quelque nombre qu'ils soient, elle reçoit le quart des biens (*quartam partem bonorum*), et jamais davantage. Elle acquiert toujours la propriété de la part que la loi lui donne, avec la libre faculté d'en disposer, à moins qu'elle n'ait des enfants issus de son mariage avec le défunt; dans ce cas, elle n'a que l'usufruit de cette part, sa vie durant, et elle est tenue de la conserver à ses enfants [4].

B. Celui qui a pris chez lui et soigné un fou, après avoir vainement exigé des soins des héritiers *ab intestat* et testamentaires de cette personne, lui succède, si elle meurt pendant la folie, à l'exclusion des héritiers *ab intestat* et testamentaires [5].

C. A défaut de tous héritiers *ab intestat* et testamentaires du défunt, la succession est dévolue à certaines corporations dont il faisait partie. Telles sont en droit romain : la *curie*, lorsqu'un décurion meurt sans héritiers [6]; le *collegium naviculariorum* [7]; le régiment dans lequel il servait comme soldat [8]; l'église dans laquelle l'ecclésiastique officiait et le couvent auquel le moine ou la nonne appartenait [9]. Il est encore à remarquer ici, que lorsqu'une chose a été donnée au défunt conjointement avec une autre personne, par le prince, et s'il meurt sans héritiers, sa portion revient au *socius liberalitatis principis*, qui ne peut être regardé comme héritier, mais seulement comme successeur particulier, puisqu'il n'acquiert que la part du défunt [10].

D. S'il n'existe aucun des héritiers *ab intestat* et testamentaires que nous avons énumérés, la succession est *vacante* (*bonum vacans*) et elle appartient au *fisc* [11], qui doit user de son droit dans l'espace de quatre ans, autrement la succession appartient à celui qui s'en était emparé comme *res nullius* [12]. On se dispute sur la question de savoir si le fisc qui accepte la succession vacante doit être regardé comme héritier ou comme occupant privilégié, en vertu du droit qui appartient à l'État sur les biens vacants [13]; dans tous les cas, il n'acquiert de la succession que ce qui reste après avoir satisfait les créanciers et les légataires du défunt [14]. La résolution de cette question, si le fisc est tenu des dettes au delà de l'actif de la succession, dépend de celle de savoir s'il est regardé comme héritier ou comme occupant : il en est de même du point de savoir *quel fisc* prend les biens vacants? car, dans le premier cas, le fisc de l'État dans lequel le défunt avait son domicile prend tous les biens, même ceux situés à l'étranger; dans le second cas, les biens vacants situés dans des pays différents reviennent aux caisses de ces contrées.

---

[1] Nov. 117, ch. 5. Les dispositions antérieures auxquelles cette Novelle se rapporte sont : Nov. 22, ch. 18. — Nov. 53, ch. 6. — Nov. 74, ch. 5.

[2] Nov. 53, ch. 6. Cette Novelle donnait également un quart au veuf indigent, mais la Nov. 117, ch. 5 lui retire expressément cette quotité.

[3] Les descendants appartenant à la même souche ne comptent que pour une seule personne.

[4] Peu importe d'ailleurs qu'elle succède conjointement avec des enfants seulement issus de son mariage avec le défunt, ou partie avec ses propres enfants, partie avec des enfants d'un mariage antérieur du mari. Dans l'un et dans l'autre cas, elle doit conserver à ses propres enfants *tout* ce qu'elle acquiert comme veuve indigente.

[5] Nov. 115, ch. 3, § 12. Beaucoup d'auteurs ne lui reconnaissent pas la qualité d'*héritier*; mais voici comment s'exprime la Novelle : « — extraneum —— ad ejus (furiosi) successionem pervenire decernimus. »

[6] Const. 1, C. Th. V, 2. — Const. 4, C. VI, 62. — Const. 1, C. X, 34.

[7] Const. 1, C. VI, 62.

[8] Fr. 1, 2, D. XXXVIII, 12. — fr. 6, § 6, 7, D. XXVIII. 3. — Const. 2, C. VI, 62.

[9] Const. 20, C. I. 3. — Nov. 131, ch. 13.

[10] Const. un. X, 14.

[11] Fr. 2. D. XXXVIII, 9. — Const. 1, 4, C. X, 10. — J. Ch. Majer, *Von der Succession des Fiscus*. Ulm, 1786. — Schmidt, *De success. fisci in bona vacantia*. Geo. 1836.

[12] Fr. 10. pr. § 1, D. XLI, 3.

[13] La première opinion, qui paraît plus juste d'après les fr. 13, § 9, D. V, 3. — fr. 1, pr. D. XXXVIII, 9. — Const. 5. C. X. 10. — Nov. 1. ch. 1, § 3, est défendue par Cujas, *Comm. ad L. 4, C. de bon. vac.* — Mazezoll, *Lehrbuch der Institutionen des röm. Rechts*, § 208, dit que le fisc n'est pas et ne s'appelle pas alors *heres*, mais qu'il est cependant traité, presque à tous égards, comme un héritier, et en tout cas comme un *successor per universitatem*.

[14] Fr. 11, D. XLIX, 14.— fr. 96, § 1; fr. 114, § 2, D. XXX.

CHAPITRE II.

DE L'ORDRE DE SUCCESSION TESTAMENTAIRE [1].

§ 655. *Notion de dernière volonté.*

On entend par *dernière volonté*, toute disposition que quelqu'un fait pour le cas de mort, surtout quant à ses biens [2]. Celui qui dispose, de son vivant, n'est jamais lié par là ; il peut en tout temps révoquer sa disposition, la modifier, et elle n'acquiert de force et d'effet que s'il meurt sans la changer [3].

§ 656. *Des espèces de dernière volonté.*

La volonté dernière de l'homme s'exprime en droit romain soit par *testament*, soit par *codicille*. Un testament, dans le sens du droit romain, est une disposition solennelle de dernière volonté, dans laquelle on nomme un héritier *direct* [4]. Toute autre disposition de dernière volonté est un codicille [5]. L'institution d'héritier donne donc au testament toute sa force ; elle en est comme le principe et la base.

TITRE PREMIER.

DE LA CAPACITÉ DE TESTER.

§ 657. *Des conditions de la faction de testament* [6].

I. Commercium mortis causa.

La capacité de faire un testament se nomme *faction de testament, testamenti factio* [7]. La première condition pour avoir ce droit était la qualité de citoyen romain ou au moins la capacité du commerce à cause de mort, *commercium mortis causa*. Par ce motif, les esclaves et les Latins juniens (*Latini juniani*) [8], les étrangers (*peregrini*), et tout citoyen qui subissait la grande ou la moyenne diminution de tête, étaient frappés d'incapacité [9].

§ 658. II. *Capacité d'acquérir pour soi-même.*

La seconde condition nécessaire à la faction de testament était de pouvoir posséder et laisser des biens propres. Par ce motif, quiconque se trouvait sous la puissance ou dans la *manus* d'autrui, était incapable de tester, *quia filiusfamilias nihil suum habet* [10]. Quoique cette cause ait disparu avec l'institution du pécule adventice, le fils de famille n'en reste pas moins, en droit nouveau, incapable de tester [11]. La loi ne lui permet de disposer, par testament, que de son pécule castrense et quasi-castrense, parce que, relativement à ces

---

[1] Sur la matière en entier : Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 4-28. — S. Stryck, *De cautelis testamentorum*. Ed. noviss. Halæ, 1738.— J. Claproth, *Abhandl. von Testamenten, Codicillen, Vermaechtnissen und Fideicommissen*, ou *Diss. sur les testaments, codicilles, legs et fidéicommis.* Gœtt. 1797. — E. Ch. Westphal, *Theorie des rœm. Rechts von Testamenten*, etc. Leips. 1790. — C. F. Dalwigk, *Darstellung des Erbrechts.* 2e partie. Wiesbaden, 1820. — Glück, *Comm.* 33e partie, § 1399-1406 ; 34e partie, § 1407-1412.

[2] Fr. 1, D. XXVIII, 1. « Testamentum est voluntatis nostræ justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. » — Ulpien, XX, 1.

[3] Fr. 4, D. XXXIV, 4 : « —— Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum. »

[4] § 34, J. II, 20. « Testamenta ex Institutione heredis vim accipiunt, et veluti caput et fundamentum totius testamenti intelligitur heredis institutio. » — Cpr. fr. 1, § 3, D. XXVIII, 6 et fr. 20, D. XXIX, 7. De là les expressions : *testamentum facere* et *heredem scribere*, sont synonymes.

[5] § 2, J. II, 25. — Const. 14, C. VI, 23. « Non codicillum sed testamentum aviam vestram voluisse, *institutio et exheredatio facta* probant evidenter. »

[6] Ulpien, XX, 10 et suiv. — Gajus, II, 112 et suiv. — Paul, III, IV. A. — Inst. II, 12. — Dig. XXVIII, 1. — Code, VI, 22. — J. G. Heineccius, *Diss. de origine testamenti factionis.* Francq. 1726 ; dans ses *Opusc.* Halæ, 1735, p. 970.— A. D. Trekell, *De origine atque progressu testamenti factionis*, cum præf. G. Ch. Gebaueri. Lips. 1739.— Glück, *Comm.* 33e partie, p. 347 et suiv. ; 34e partie.

[7] Fr 4, 18. pr. D. XXVIII, 1. — *Testamenti factio* se dit aussi de la capacité d'acquérir par dernière volonté. § 4, J. II, 19. — fr. 16, pr. D. XXVIII, 1. — fr. 7, D. XLI, 9. De là les modernes divisent la faction de testament en *active* et en *passive*.

[8] Ulpien, XX, 14. — Glück, *Comm.* 34e part. p. 53.

[9] Fr. 8, D. XXVIII, 1. Si un citoyen romain décédait pendant sa captivité, son testament antérieur était maintenu en vertu d'une fiction de la Lex Cornelia. — Ulpien, XXIII, 5.— § 5, J. II, 12.— fr. 12, D. XXVIII, 1. — fr. 16, 18. D. XLIX, 15.

[10] Ulpien, XX, 10. — fr. 6, pr.; fr. 19, D. XXVIII, 1. — Glück, *Comm.* 34e partie, § 1407a, p. 97.

[11] Pr. J. II, 12. — Const. 11, C. VI, 22. Const. 8, § 5, C. VI, 61.

pécules, il est considéré comme père de famille [1].

§ 659. III. *Capacité de déclarer sa dernière volonté.*

La troisième condition était que le testateur devait être physiquement et moralement capable de déclarer valablement sa dernière volonté. Les personnes incapables de tester pour cette cause sont :

1. Celles qui ne savent ni lire ni écrire [2]. Les sourds-muets peuvent tester, lorsqu'ils savent écrire, mais l'autorisation du prince leur est nécessaire pour tester par simples signes [3].

2. Celles qui, au temps où le testament est fait, manquent de l'usage de leur esprit ou de la liberté de leur volonté ; tel est le furieux, et le prodigue qui lui est assimilé [4]. Un âge avancé et les maladies ne sont pas un empêchement, aussi longtemps qu'ils ne détruisent ni l'usage de l'esprit ni la réflexion [5].

3. Les impubères, qui ne peuvent faire de testament, même avec l'autorisation du tuteur [6] ; mais les mineurs pubères peuvent tester même sans le consentement du curateur [7].

§ 660. IV. Lege intestabiles.

Enfin, il est plusieurs personnes auxquelles la loi a retiré la faction de testament, comme peine d'un délit, *lege intestabiles* [8]. Tels sont, en droit romain, les coupables de haute trahison et leurs fils [9] ; ceux qui ont été condamnés pour libelles diffamatoires [10] ; les apostats et quelques espèces d'hérétiques [11] ; ceux qui vivent en adultère ne peuvent tester qu'en faveur de certains proches parents [12] ; enfin, les condamnés à mort [13].

TITRE II.

DE LA FORME DES TESTAMENTS.

§ 661. *Division générale des testaments.*

Considérés sous le point de vue de la forme, les testaments se divisent, en droit romain nouveau, en *testaments publics* (*testamenta publica*) et en *testaments privés* (*testamenta privata*) [14].

§ 662. *Des testaments publics* [15].

Le testament public peut être fait de deux manières différentes : soit lorsque le testateur le remet au prince, *testamentum principi oblatum* ; soit lorsqu'il fait la déclaration orale de son testament devant une autorité pourvue de ju-

[1] Ulpien, XX, 10. — Gajus, II, 106. — § ult. J. II, 11. — pr. J. II, 12. — fr. 18, pr. D. XLV, 3. — Const. 11, 12, C. VI, 23. — Const. 37, pr. C. III, 28. — Le fils de famille peut également, avec l'autorisation de son père de famille, faire de son pécule adventice l'objet d'une donation à cause de mort. fr. 25, § 1. D. XXXIX, 6. — Enfin, il est à remarquer qu'un soldat, lorsqu'il est incertain s'il se trouve encore sous la puissance paternelle, peut faire un testament valable. fr. 11, § 1, D. XXIX, 1. — fr. 9, D. XXIX, 7.

[2] Const. 29, C. VI, 23.

[3] D'après l'ancien droit, le sourd et le muet ne pouvaient tester *per æs et libram*. Ulpien, XX, 13. — fr. 6, § 1 ; fr. 7. D. XXVIII, 1 ; il n'y a pas de doute qu'en droit nouveau l'un et l'autre puissent tester ; le premier par écrit et verbalement, le second par écrit seulement. Il en est de même des sourds-muets. § 3, J. II, 12. — fr. 4, D. XXIX, 1. — Const. 10, C. VI, 22.

[4] Le testament fait avant la folie ou l'interdiction reste valide. § 1, 2, J. II, 12. — fr. 18, D. XXVIII, 1. — Const. 9, C. VI, 22.

[5] Fr. 2, D. XXVIII, 1. — Const. 3, C. VI, 22.

[6] § 1, J. II, 12. — fr. 19, D. XXVIII, 1. — Lorsque l'on compte le temps nécessaire à l'impubère pour pouvoir tester, on applique la règle : *dies cœptus pro completo habetur*. fr. 5, D. XXVIII, 1.

[7] Fr. 20, § 1, D. XXXIV, 3.

[8] Fr. 18, § 1, D. XXVIII, 1. — Théophile, sur le § 6, J. II, 10.

[9] Const. 5, pr. § 1. C. IX, 8.

[10] Fr. 18, § 1, D. XXVIII, 1. — fr. 21, pr. D. XXII, 5. — fr. 5, § 9, 10, D. XLVII, 10.

[11] Const. 1, C. I, 7. — Const. 4, 5, C. I, 5.

[12] Const. 6, C. V, 5. — Cpr. Nov. 12, ch. 1, 2.

[13] Fr. 8, § 4 ; fr. 13, § 2, D. XXVIII, 1. — Cpr. Nov. 134, ch. 13.

[14] Sur la forme des testaments : Gajus, II, 101-108. — Ulpien, XX, 2-9. — Inst. II, 10. — Théophile sur ce tit. — Dig. XXVIII, 1. — Code, VI, 23. — Cicéron, *De nat. Deorum*, II, 3. — Aulu-Gelle, XV, 20. — Heineccius, *Diss. de origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo*. Franeq. 1726, et *Opusc.* Halæ, 1735, p. 970. — A. D. Trekell, *De origine atque progressu testamenti factionis præsertim apud Romanos*, cum præf. G. C. Gebauer. Lipsiæ, 1739. — Dirksen, *Uebersicht der Versuche zur Herstellung der 12 Taf.*, p. 320. — Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen âge*, t. I, p. 81 ; t. II, p. 182. — Gans, *Scolien zu Gajus*, p. 279. — Walch, *Pr. de mutata a Constantino testam. jur. civ. forma*. Jenæ, 1823. — Puchta, *Institutionen*, p. XLII. — H. A. Zachariæ, *Comm. de fiducia*. Gothæ, 1830, cap. 8. — Glück, *Comm.* 34e partie, § 1408-1412 c.

[15] Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 6.

ridiction civile qui en dresse un protocole, ou en le remettant tout écrit pour le faire conserver, *testamentum actis magistratus insinuatum*, appelé communément aujourd'hui *testamentum judiciale* [1]. Dans l'un et dans l'autre cas, la confiance publique dont jouissent le prince et l'autorité judiciaire suffisent, et aucune autre formalité n'est requise.

§ 663. *Des testaments privés* [2].

Les testaments privés, au contraire, qui peuvent être faits aussi bien oralement (*per nuncupationem*) que par écrit (*per scripturam*), exigent l'observation de plusieurs autres formalités. La forme extérieure des testaments privés est *ordinaire* ou *extraordinaire*. La première est la règle générale, la seconde a lieu exceptionnellement dans certains testaments, et diffère de la première en ce qu'on en retranche, y ajoute, ou modifie les formalités ordinaires.

§ 664. I. *De la forme des testaments ordinaires.*

A. *Conditions générales.*

La forme ordinaire de tout testament privé soit écrit, soit oral, exige le concours des conditions suivantes :

1° *La présence de sept témoins* [3], expressément mandés à cet effet; le testateur doit leur avoir déclaré sa volonté de faire un testament et les avoir priés de lui servir de témoins [4]; ils doivent également être capables de rendre témoignage au moment où le testament est fait [5] et se présenter librement chez le testateur [6]; mais il n'est point nécessaire qu'ils le connaissent personnellement [7]. Sont incapables : les hommes privés de raison et de volonté; les impubères; les sourds et les muets; les aveugles, du moins dans les testaments écrits [8]; ceux qui sont déclarés prodigues, et ceux auxquels la loi interdit d'être témoins, *lege intestabiles* [9]; les femmes et les non-Romains [10]; toutes les personnes qui se trouvent sous la puissance paternelle du testateur [11]; l'héritier institué lui-même [12], et toutes les personnes qui sont sous sa puissance [13].

2° *L'unité d'action, unitas actus*, doit être observée, c'est-à-dire que tous les témoins doivent être en même temps présents, et que le testament doit être achevé dans le même contexte, sans qu'aucune affaire étrangère puisse l'interrompre [14].

§ 665. B. *Des conditions particulières du testament écrit* [15].

Le testateur qui veut faire un testament privé écrit, peut :

1° L'écrire en entier de sa main (*testam. holographum*); il n'est pas requis qu'il le signe, pourvu qu'il y ait déclaré qu'il est écrit de sa propre main [16].

2° Le faire écrire par d'autres (*testam. allographum*), mais alors il doit le signer et le reconnaître en présence des témoins [17]. S'il ne sait ou ne peut écrire par un empêchement quelconque, la présence d'un huitième signataire est requise (*octavus subscriptor*); celui-ci signe au nom du testateur en faisant la mention qu'il signe sur la demande de ce dernier [18].

---

[1] La const. 19, C. VI, 23, parle des deux espèces de testaments publics. — Glück, *Comm.* 34e partie, p. 146 et suiv.; p. 188 et suiv.

[2] Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 7-10.

[3] Const. 21, C. VI, 23. — § 3, J. II, 10. — fr. 27, D. XXVIII. — Glück, *Comm.* 34e partie, p. 287.

[4] Fr. 21, § 2, D. XXVIII, 1, et la *quæstio Domitiana* au fr. 27. D. ibid.

[5] Peu importe qu'ils deviennent incapables par la suite. fr. 22, § 1, D. ibid. — § 7, J. II, 10.

[6] Fr. 20, § 10, D. XXVIII, 1. — Const. 9. 12, C. VI, 23 comparée avec la const. 3, § 2, C. Th. IV, 4.

[7] Glück, *l. c.* p. 304, pense autrement.

[8] Sur les testaments faits pendant la nuit, *v.* fr. 22, § 6, D. XXVIII, 1.

[9] Fr. 26, D. XXVIII, 1. — fr. 14, 15, D. XXII, 5.

[10] § 6, J. II, 10.—Cpr. fr. 20, § 4-7, D. XXVIII, 1.

[11] § 9, J. II, 10.

[12] § 10, J. ibid. — fr. 20, pr. D. XXVIII, 1.

[13] § 10, J. cit. — fr. 20, pr. cit. Il importe peu que les témoins soient entre eux dans un rapport de dépendance. § 8, J. II, 10. — fr. 22, pr. D. XXVIII, 1. — Ulpien XX, § 3-6. Les légataires et les fidéicommissaires peuvent également servir de témoins. § 11, J. II, 10.

[14] Fr. 21. § 3, D. ibid. — § 3, J. II, 10. — fr. 20, § 8, D. XXVIII, 1, et surtout les const. 21, pr. § 2; const. 28, pr. C. VI, 23; cette dernière const. indique également les exceptions que la règle subit. — Glück, *Comm.* 34e part. p. 375.

[15] Glück, *Comm.* 31e partie, p. 384 et suiv.

[16] Const. 28, § 1, C. VI, 23. Il importe peu en quelle langue le testament est écrit. fr. 20, § 9, D. XXVIII, 1, et const. 21, § 4, C. VI, 23. Mais on ne peut se servir de signes pour écrire. fr. 6, § 2, D. XXXVII, 1.

[17] Const. 21, pr. C. VI, 23.

[18] Const. 28, § 1, C. VI, 23. — Cpr. const. 29, C. ibid. avec la Nov. 119, ch. 9 et Auth. *Et non observato*, C. VI, 23. — Mais lorsque celui qui écrit un testament pour le testateur qui l'en a prié, reçoit lui-même quelque chose par ce testament, soit comme héritier, soit

3° Soit que le testateur ait écrit lui-même le testament, soit qu'il l'ait fait écrire par une autre personne, il est tenu de le présenter aux témoins et de leur déclarer que le testament est le sien ; chacun des témoins doit y apposer sa signature et un sceau quelconque, même celui du testateur [1].

4° Le testateur qui veut que sa volonté ne soit connue de personne, peut présenter le testament fermé aux témoins, mais il doit également déclarer en leur présence que le testament contenu dans l'enveloppe est sa dernière volonté, écrite soit par lui-même, soit par une autre personne, et le fermer en mettant sa signature sur l'enveloppe : s'il ne peut ou ne sait écrire, un huitième témoin signe également à sa place ; ensuite, les témoins signent et apposent leur cachet sur l'enveloppe. La signature et l'apposition des cachets clôturent le testament, qui est alors, comme l'on dit, solennisé [2].

§ 666. C. *Des conditions particulières du testament oral.*

Le testateur qui veut faire oralement son testament (*per nuncupationem*) doit déclarer sa dernière volonté, en particulier le nom de l'héritier, en présence de sept témoins, clairement, et dans un langage que tous les témoins puissent comprendre [3]. Le testament oral rédigé par écrit, soit immédiatement, soit dans la suite pour servir de preuve (ce qui se fait sans aucune formalité), se nomme *testamentum nuncupativum in scripturam redactum;* mais il n'en reste pas moins un testament oral [4]. A défaut de pareil document, l'existence du testament peut être prouvée, aussi bien quant à l'observation de la forme légale extérieure, que quant au contenu, par deux des témoins qui ont concouru à l'acte ou même par deux autres témoins dignes de foi.

§ 667. II. *De la forme des testaments extraordinaires.*

A. *Des testaments qui exigent plus de formalités.*

La loi exige des formalités extraordinaires pour le testament d'une personne *aveugle.* Si elle fait un testament oral, un *tabellario,* requis à cet effet, rédige sa disposition de dernière volonté en présence de tous les témoins ; il en fait lecture au testateur, la signe et la cachète, ainsi que les témoins. Mais si elle a fait écrire son testament par une autre personne, le *tabellario* lui en donne lecture en présence des témoins, le signe et le cachète avec ces derniers. Un huitième témoin est nécessaire pour remplacer le *tabellario* [5].

§ 668. B. *Des testaments qui exigent moins de formalités (test. privilégiés)* [6].

1. Testamentum militis [7].

Le testament qu'un soldat fait en campagne exige moins de formalités que les testaments ordinaires (*test. militis s. jure militari factum*) [8]. En effet, la loi ne demande aucune solennité pour cette espèce de testament ; le soldat a la faculté de le faire comme il lui plaît, et le testament sort ses effets d'après la volonté du testateur, qui a le droit de l'écrire lui-même ou de le faire écrire par un autre ; il peut également tester oralement, en déclarant sa dernière volonté devant quelques personnes convoquées à cet effet ; mais ces personnes ne doivent être considérées que comme témoins à preuve et ne sont même pas nécessaires comme tels, si la preuve du testament peut être établie d'une autre manière [9]. Les

comme légataire, il ne peut écrire lui-même le passage qui le concerne, à moins qu'il ne le fasse confirmer par le testateur. C'est ce que prescrit le *Sctc Libonien* (*Sctum Libonianum*) qui étend à ce cas la peine comminée par la *Lex Cornelia de falsis.* Rubr. Dig. XLVIII, 10. — Code, IX, 23. — fr. 1, D. XXXIV, 8.— fr. 29, D. XXVI, 2.

[1] § 5, J. II, 10.— fr. 22, § 2, 5; fr. 30, D. XXVIII, 1. — Quant à la différence entre *subscriptio et superscriptio testium*, v. Savigny, *Hist. du droit rom. au moyen âge*, t. II, p. 182-186. L'une et l'autre sont nécessaires à la confection du testament.

[2] Const. 21. pr. C. VI, 23.

[3] § ult. J. II, 10. — fr. 21, pr.; fr. 25, D. XXVIII, 1. — Const. 21, § 2, C. VI, 23.

[4] Nettelbladt, *De testamento nuncupativo in scripturam redacto.* Halæ, 1755.

[5] Const. 8, C. VI, 22. — Nov. Leon. 69. — C. J. Kœhnen, *De forma testamenti externa a cœco observanda.* Gœtt. 1781. — Glück, *Comm.* 34° part. p. 26.

[6] J. B. De la Couture, *Diss. de privilegiatis testamentis apud Romanos.* Trad. ad Rhen. 1825.

[7] Gajus, II, 109. —Inst. II, 11. — Dig. XXIX, 1.— XXXVII, 13. — Code VI, 21. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 28. —G. F. Hænel, *Diss. I de testamento militari.* Lips. 1815. *Diss. II.* Lips. 1816.

[8] Car, en temps de paix, le soldat est tenu d'observer les solennités ordinaires. Const. 17, C. VI, 21. — § 3, J. II, 11.—Sur l'ancien droit, v. fr. 4 ; fr. 7-9 ; fr. 26, pr.; fr. 38; fr. 42, D. XXIX, 1. — Const. 5, C. VI, 21.

[9] Pr. § 1, J. II, 11. — fr. 1, pr.; fr. 24; fr. 40, pr. D. XXIX, 1. — Const. 1, 3, C. VI, 21.

personnes qui font partie des armées, mais qui ne sont pas soldats, jouissent du même privilége, lorsqu'elles se trouvent dans un danger réel de périr (*test. quasi-militare*). Si elles échappent à ce danger, le testament perd ses effets [1], tandis que celui qu'un soldat fait en campagne conserve toute sa force après son retour, même pendant une année après son congé [2]. Le soldat a également la faculté de confirmer en campagne et sans autres formalités, un testament privé fait avant la campagne sans solennités, et irrégulier [3]. D'un autre côté, le soldat jouit aussi de plusieurs priviléges importants, quant au *contenu* du testament, mais qui ne lui profitent que lorsqu'il fait son testament pendant la campagne, *jure militari* [4].

§ 669. 2. Testamentum ruri conditum.

La confection d'un testament à la campagne n'exige, au besoin, que la présence de cinq témoins, lorsque le testateur se trouvait dans l'impossibilité d'en réunir un plus grand nombre; l'un de ces témoins peut signer pour plusieurs ou pour tous, si les autres ne savent écrire; le testament est même valable sans signature, si aucun des témoins ne sait écrire [5]. La plupart des jurisconsultes restreignent cette disposition au testament fait par des *paysans* [6], mais d'après le motif qui se trouve dans cette disposition elle-même, ce droit doit être accordé à tous les testaments faits à la campagne.

§ 670. 3. Testamentum tempore pestis conditum.

Celui qui fait un testament dans un lieu où une maladie contagieuse règne au temps de sa confection, n'est pas dans l'obligation d'appeler simultanément sept témoins [7].

§ 671. 4. Testamentum ad pias causas.

Nous mentionnerons ici le testament du droit canon, fait en faveur des établissements de bienfaisance (*test. ad pias causas*). En effet, toute disposition de dernière volonté, soit un testament, soit un codicille, est valable sans autre formalité extérieure pour tout ce dont il dispose en faveur de l'Eglise ou d'un autre établissement de bienfaisance, mais la volonté du testateur doit être certaine [8]. Il s'ensuit qu'une pareille disposition de volonté dernière conserve ses effets, lors même qu'elle est faite sans témoins, lorsque la preuve de la volonté du testateur peut être fournie d'une autre manière, par exemple, par écrit [9].

§ 672. C. *Des testaments dont les formalités sont changées.*

Les formalités ordinaires des testaments dans lesquels des ascendants instituent leurs descendants héritiers, subissent des changements, et sont en partie diminuées, en partie augmentées. En effet, les parents et les autres ascendants peuvent :

1° Tester par écrit et oralement, en observant la forme de testament ordinaire, et instituer ainsi comme héritiers, non-seulement leurs descendants, mais aussi d'autres personnes (*extranei*) ou les honorer d'un legs.

2° Mais s'ils veulent faire un testament écrit et n'instituer que leurs descendants, ils n'ont besoin du secours d'aucun témoin; il est également indifférent qu'ils l'écrivent eux-mêmes ou le fassent écrire par une autre personne; mais dans tous les cas, il est requis d'indiquer, au commencement du testament, l'époque de la confection et de faire écrire, par le testateur lui-même, les noms des descendants institués, et la portion héréditaire de chacun d'eux, non en chiffres mais en toutes lettres [10].

---

[1] Fr. 44, D. XXIX, 1. — fr. un. D. XXXVII, 13.

[2] § 3, J. II, 11. — fr. 21; fr. 26; fr. 38; fr. 42, D. XXIX, 1. — Const. 13, C. VI, 21.

[3] § 4, J. II, 11. — fr. 3, D. XXIX, 1.

[4] § 6, J. II, 13.

[5] Const. 31, C. VI, 23.

[6] Thibaut, *System*, § 710. — Schweppe, *Pand.* § 821.

[7] Const. 8, C. VI, 23. D'autres auteurs qui lisent *oppressis* au lieu de *oppressos*, disent que cette const. doit être entendue en ce sens, que tous les témoins doivent à la vérité être présents, mais qu'ils ne sont pas tenus d'être dans la même chambre que le malade.

[8] Cap. 11, X. 3, 26. — Le droit romain exigeait la forme du testament ordinaire. Const. 13. C. I, 2.

[9] Beaucoup d'auteurs pensent cependant qu'il faudrait au moins deux ou trois témoins à cause de la forme, même pour le testament écrit, p. ex. Thibaut, *System*, § 707. — Mühlenbruch, *Doct. Pand.* § 504, note 5; mais les derniers mots du chap. 11, X. 3, 26, indiquent clairement que les deux ou trois témoins ne sont requis que pour la *preuve* du testament.

[10] Nov. 107, ch. 1. Si l'ascendant ne sait pas écrire, le droit romain lui permet même de tester *inter liberos* en observant les formalités ordinaires.

Ce testament, qui appartient au nombre des privilégiés, est appelé *testamentum parentum inter liberos* [1]. Il n'est pas douteux que les parents peuvent, dans un pareil testament, exhéréder leurs enfants et leur donner un tuteur; mais on se dispute sur la question de savoir si les parents ont aussi le droit de faire un pareil testament privilégié, à l'égard de leurs enfants illégitimes.

3° Le simple partage que les parents font entre leurs enfants (*divisio parentum inter liberos*) diffère de cette espèce de testament; en effet, dans ce partage, les descendants héritent *ab intestat* de leurs ascendants qui, par une disposition de dernière volonté, se contentent de désigner la part héréditaire de chacun de leurs enfants. Ce partage est valable, s'il est signé par l'ascendant qui le fait ou par les enfants qu'il concerne [2].

§ 673. Testamenta reciproca et correspectiva.

Nous avons encore à parler des testaments faits par deux ou plusieurs personnes dans le même contexte [3], et pour la confection desquels les formalités ordinaires ne doivent être observées qu'une seule fois, à l'exception de la réquisition des témoins (*rogatio testium*) que chaque testateur doit faire séparément. Au nombre de ces testaments on compte :

1. Les *testaments réciproques* (*testamenta reciproca*), dans lesquels deux personnes s'instituent réciproquement héritières par un seul et même contexte; c'est ce qui arrive souvent entre époux [4].

2. Les testaments appelés *correspectiva*, lorsque chacun des testateurs a fait dépendre la validité de sa disposition de la condition que l'autre ne changerait pas la sienne [5].

TITRE III.

DU CONTENU DES TESTAMENTS.

§ 674. I. *De l'institution d'héritier.*

Tout testament doit nécessairement contenir l'institution d'un héritier direct, *heredis directi institutio*; c'est là le caractère qui le distingue des autres actes de dernière volonté également valables [6]. Cette institution est tellement nécessaire, que si elle venait à manquer entièrement ou à être invalide, la disposition de dernière volonté ne pourrait valoir comme testament [7]. L'institution ne peut aussi être faite que dans un testament et nullement dans un codicille [8].

§ 675. A. *De la capacité de l'héritier institué* [9].

Celui que le testateur institue son héritier direct doit être une personne capable, et avoir avec lui la faction de testament (*quocum testamenti factio est*) [10] que les modernes appellent *passive* (*test. fact. passiva*). Celui qui se trouve dans une incapacité absolue d'hériter quoi que ce soit dans la succession d'un défunt, ne peut être institué héritier dans le testament. En outre, on ne pouvait instituer valablement

[1] Nov. 107, ch. 1. — H. Schrœder, *De privilegiatis parentum inter liberos dispositionibus*. Jenæ, 1819. — M. J. Euler, *Comm. de testamento et divisione parentum inter liberos*. Berolini, 1820. — C. G. Müller, *Diss. de testamento parentum inter liberos privilegiato*. Lips. 1826.

[2] Nov. 18, ch. 7. — Nov. 107, ch. 3. — J. R. A. Franckenfeld, *Diss. de discrimine nudæ divisionis et testamenti parentum inter liberos*. Gœtt. 1792.

[3] Dans le principe, le droit romain n'accordait cette faculté qu'aux soldats. Const. 19. C. II, 3. et plus tard aux époux. C. Nov. Valentiniani *De testam.* (Insérée dans la *Jus civ. Antejust.* Berol. vol. II, p. 1320.)

[4] J. S. Stryck, *De test. conjugum reciprocis*. Halæ, 1702.

[5] H. L. C. Bœttger. *Diss. de natura et indole testamenti correspectivi*. Marburgi, 1795.

[6] § 34, J. II, 20. « — Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. » — Const. 14. C. VI, 23.

[7] Fr. 1, § 3, D. XXVIII, 6. — « Sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet. »

[8] § 2. 1, J. II, 25. — fr. 2, § 4; fr. 10, D. XXIX, 7. — Const. 2. 7. C. VI, 36. — Mais si l'institution d'héritier est faite dans le testament, rien n'empêche de nommer aussi l'héritier dans le codicille. fr. 77, D. XXVIII, 5.

[9] Ulpien, XXII, 1-13. — Inst. II. 14.—Dig. XXVIII, 5. — Code, VI, 24, 25. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 17.

[10] § 11, J. II, 9. Le soldat qui teste *jure militari* peut aussi instituer une personne incapable, excepté des *turpes mulieres*. fr. 13, § 2; fr. 41, § 1, D. XXIX, 1. — Const. 5, C. VI, 21.

pour héritier un étranger (*peregrinus*) [1]. L'esclave ne pouvait être institué en sa qualité d'esclave [2]; cependant celui qui instituait son propre esclave pour héritier en lui donnant la liberté, testait valablement; l'esclave devenait libre de plein droit et était obligé de devenir l'héritier de son maître (*heres necessarius*) [3]. Mais si l'on instituait l'esclave d'autrui, il dépendait de son maître d'acquérir ou de refuser la succession qui lui était dévolue par son esclave [4].

On ne pouvait non plus instituer certaines personnes capables en elles-mêmes de prendre dans la succession d'un défunt, mais qui ne pouvaient être instituées héritiers dans le testament de certaines autres personnes et dans des cas déterminés. Tels sont :

1. Le prince, sous la condition de continuer un procès du testateur contre un particulier [5].

2. L'époux du second mariage, qui ne peut recevoir plus que l'enfant du premier mariage le moins prenant (§ 572).

3. La veuve, qui se remarie pendant l'année de deuil, ne peut donner à son second mari que tout au plus le tiers de ses biens (§ 573).

4. Celui avec lequel le testateur vit en inceste, de même que les enfants nés de cette union, ne peuvent être institués par lui [6].

5. Celui qui a un descendant légitime ne peut donner aux enfants nés d'un concubinage et à leur mère que le douzième de la succession; lorsqu'il n'a que des ascendants, il leur peut laisser ce qui reste, déduction faite de la portion légitime qui revient à ces ascendants; enfin, lorsqu'il ne laisse pas non plus d'ascendants, il peut les instituer héritiers pour toute sa succession [7].

6. L'ancien droit déclarait les personnes incertaines entièrement incapables de succéder; le droit nouveau permet de les instituer, pourvu qu'elles deviennent certaines par la suite [8].

7. Les communautés et autres personnes morales étaient aussi déclarées incapables par l'ancien droit, mais en droit nouveau elles peuvent être instituées lorsqu'elles ont été reconnues par l'Etat [9]; il en est de même des établissements de bienfaisance, lorsque leur existence est autorisée par l'Etat ou confirmée après leur fondation et leur institution dans le testament (§ 150).

D'ailleurs la faction de testament passive doit exister, dans le chef de l'héritier institué, au moment de la confection du testament, à celui où la succession lui est déférée, et doit continuer à subsister depuis cette époque jusqu'à l'adition de l'hérédité [10]. Quant aux personnes incertaines, il suffit qu'elles aient la capacité au moment où leur incertitude cesse, et il suffit aux établissements de bienfaisance fondés et institués dans le testament, d'être confirmés par l'Etat.

§ 676. B. *De la désignation de l'héritier.*

La personne instituée doit être exactement désignée; il faut donc que l'héritier soit nommé par son nom ou désigné de manière qu'il ne reste aucun doute sur sa personne [11]. Cette condition remplie, il importe peu que le nom soit faussement indiqué ou que la description ne lui soit pas en tout point applicable [12].

§ 677. C. *Du mode d'institution* [13].

L'institution d'héritier peut être faite :

1° Purement et simplement.

2° Sous une condition suspensive, possible et licite [14]; dans ce cas, la succession n'est

---

[1] Pr. 6, § 2, D. XXVIII, 5. — Const. 1, C. VI, 24.

[2] Fr. 3, D. XXIV, 8.

[3] Gajus, II, 153-155. — Ulpien, XXII, 7-13. — Pr. § 1, J. II, 14. — § 1, J. II, 19. — Const. 1, C. VI, 27.

[4] § 1, J. II, 14. — Ulpien, XXII, 9.

[5] Fr. 91, D. XXVIII, 5. — § 8, J. II, 17.

[6] Const. 6, C. V, 5. — Auth. *Ex complexu*, C. Ibid.

[7] Nov. 89, ch. 12.

[8] Gajus, II, 238, 287. — Ulpien, XXII, 4; XXIV, 18. — § 25-28, J. II, 20. — fr. 29, pr. D. XXVIII, 2. — Const. 49, C. I, 3. — Code, VI, 48. — Nov. 139, ch. 9. — C. Rau, *Historia juris civilis de personis incertis ex testamento heredibus.* Lips. 1784. — Les pauvres d'une localité peuvent être institués. fr. 20, D. XXXIV, 5. — Vinnius, *Inst.* sur le § 25, J. II, 20. — Du cas : « si ex certis personis incertæ personæ aliquid legatur. » *V.* § 25, J. h. t.

[9] Ulpien, XXII, 5. — fr. 20, D. XXXIV, 5. — fr. 26, D. XXXVI, 1. — fr. 122, D. XXX. — Const. 1, C. I, 2. — Const. 8, 24, C. VI, 24.

[10] § 4, J. II, 19. — Cpr. fr. 49, § 1; fr. 59, § 4; fr. 62, pr. D. XXVIII, 5. — fr. 210, D. L, 17.

[11] § 29, J. II, 20. — fr. 9, pr. § 8; fr. 62, § 1, D. XXVIII, 5. — Paul, III, IV B, 3. — Fr. C. Conradus, *De voluntate testatoris dubia.* Helmst. 1736.

[12] § 29, J. II, 20. — fr. 48, § 3; fr. 62, § 1, D. XXVIII, 5. — Const. 5, 14, C. VI, 24.

[13] Dig. XXVIII, 7. — XXXV, 1. — XXXIV, 6. — Code, VI, 45, 46. — VI, 41. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 18, 19.

[14] § 9, J. II, 14. — P. A. Cloquette, *Diss. de con-*

déférée à l'héritier qu'à l'avénement de la condition [1]. Toute condition résolutoire [2], impossible, contraire aux principe de l'honnêteté ou des bonnes mœurs, est regardée comme non écrite, excepté lorsqu'elle est négative, elle doit alors être accomplie [3], tandis que la condition extravagante et intéressée rend l'institution nulle [4]. L'institution ne peut non plus dépendre de la volonté d'un autre, mais elle peut être soumise à la condition qu'un autre fasse quelque chose qui dépend de sa volonté [5].

3° L'institution d'héritier peut être soumise à un terme qui n'a cependant d'effet que lorsque l'héritier est institué *ex die incerto;* le terme est alors considéré comme une condition [6]; au contraire, dans l'institution faite *ex die certo* ou en général *in diem,* le terme est considéré comme non écrit [7].

4° Le testateur peut également indiquer le motif qui l'a engagé à instituer telle personne, et il importe en général peu que les faits sur lesquels le motif de l'institution repose, ne soient pas conformes à la vérité [8]. Cette règle subit néanmoins deux exceptions : la première, lorsqu'on peut fournir la preuve que le testateur s'est basé sur une erreur; dans ce cas, l'institution est nulle par une fausse cause (*falsa causa*) [9]; la seconde, lorsque la cause est énoncée sous forme de condition; alors la condition doit être exécutée [10].

5° L'institution peut être faite sous l'obligation imposée à l'héritier d'employer la succession, soit en totalité, soit en partie, à un but déterminé (*modus*); l'héritier qui accepte la succession doit remplir ce but, s'il est moralement ou physiquement possible; à moins que l'héritier lui-même n'y soit seul intéressé [11].

6° Enfin, il dépend de la volonté du testateur d'instituer l'héritier purement et simplement *sine parte,* ou *ex parte* ou *e re certa* [12].

§ 678. D. *De la légitime.*

1. *Introduction.*

L'ancien droit, de même que le droit nouveau quoique avec quelques modifications, envisageaient sous un double point de vue le droit de ceux auxquels il fallait avoir égard dans la confection d'un testament. Les Pandectes, le Code et les Institutes distinguent : 1° le droit des *sui* et de ceux que le droit prétorien leur a assimilés; l'obligation d'instituer ou de déshériter formellement ces personnes appartenait à la forme du testament, puisque le testateur ne fût nullement contraint par là à leur laisser quelque chose, dès qu'il observait la forme de

---

ditionibus, quæ in testamento scribuntur jure romano. Lovanii, 1824. — L'institution peut également être subordonnée à *plusieurs* conditions; il faut alors examiner si toutes doivent être accomplies pour donner lieu à la délation de la succession, ou s'il suffit qu'une seule le soit. — § 11, J. ibid. — Quant au laps de temps endéans lequel la condition doit être accomplie, *v.* A. E. Endemann, *Comm. de implendæ conditionis tempore.* Marb. 1821.

[1] Fr. 5, § 2, D. XXXVI, 2. Si le fait qui sert de base à la condition est de nature à imposer à l'héritier ou au légataire une omission, sa vie durant, ou un fait à perpétrer à certaines époques, il acquiert immédiatement la succession ou le legs, s'il donne caution pour le cas où il agirait contrairement à la condition; cette caution est appelée *cautio Muciana.* fr. 7, pr. D. XXXV, 1. — Cpr. fr. 77, § 1; fr. 79, § 2; fr. 67; fr. 72, pr.; fr. 73; fr. 101, § 3, D. ibid. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 33. — Mojansius, *De cautione muciana;* dans ses *Disput. juris,* II, n° 40. — J. Büchner, *De usu cautionis Mucianæ ad solas libertates, quas testator sub conditione negativa in heredem vel legatarium contulit non restringendo.* Giess. 1789. — Zimmern, *De cautione muciana.* Heildelb. 1818. — C. J. Stübel, *Diss. de cautione muciana.* Lips. 1824.

[2] La raison pour laquelle la condition résolutoire n'est pas valable dans une institution d'héritier, se trouve dans la règle : *semel heres, semper heres.* fr. 7, § 10 in fine, D. IV, 4. — fr. 88, D. XXVIII, 5. — Mais une pareille condition est admise dans le testament d'un soldat. Arg. fr. 15, § 4; fr. 41, pr. D. XXIX, 1. — Const. 8, C. VI, 21.

[3] § 10, J. II, 14. — fr. 1, 8, 9, 14, 20, 27, D. XXVIII, 7. — fr. 45, D. XXVIII, 5. — fr. 6, § 1, D. XXXV, 1. — Const. un. C. VI, 41.

[4] Fr. 16, D. XXVIII, 7. — fr. 70, 71, pr. D. XXVIII, 5. — fr. 64, D. XXX. — L. W. Bruyoen, *Diss. de captatoriis institutionibus.* Lugd.-Bat. 1825.

[5] Fr. 32, pr.; fr. 68, D. XXVIII, 5.

[6] Fr. 75, D. XXXV, 1. « Dies incertus conditionem testamento facit. » — fr. 4, pr.; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2.

[7] § 9, J. II, 14. — fr. 34, D. XXVIII, 5. — L'institution *ad diem* est admise dans le testament d'un soldat. fr. 15, § 4; fr. 41, pr. D. XXIX, 1. — Const. 8, C. VI, 21.

[8] Fr. 17, § 1, D. XXXV, 1. — fr. 93, § 1, D. XXXII.

[9] Fr. 72, § 6, D. XXXV, 1. — Const. 4, C. VI, 24. — Cpr. Code, VI, 44.

[10] § 31, J. II, 20.

[11] Fr. 17, § 4, D. XXXV, 1. — fr. 71, pr. D. ibid. — Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* § 652.

[12] § 4, J. II, 14. — Sur le *partage de la succession,* lorsque le testateur a déterminé ou non la part de chacun, *v.* § 5-8, J. ibid. — fr. 17, § 5; fr. 18; fr. 59, § 2, D. XXVIII, 5. — Const. 23, C. VI, 37. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 22, 23. — Heineccius, *Antiq. rom.* II, 14, § 5, 6. — Sur l'héritier *e re certa scriptus, v.* : fr. 35, D. XXVIII, 5. — Const. 13, C. VI, 24. — J. Volkmann, *Diss. de heredibus e re certa scriptis.* Lips. 1827.

l'exhérédation; 2° le droit de certains parents d'attaquer l'institution, par des motifs d'équité, alors que le testament était valable. Ce droit, introduit par la jurisprudence, a été peu à peu régularisé et restreint notamment à l'égard du nombre des personnes, de la nature et de la durée des moyens de droit. Le testateur peut échapper à ces conséquences, en accordant à l'ayant droit une partie de ce qu'il aurait eu *ab intestat*.

Par la Novelle 115, ch. 3 et 4, Justinien a introduit des dispositions particulières sur l'institution nécessaire et l'exhérédation des parents en ligne directe. Il s'agit donc de décider : 1° quels sont les parents auxquels la légitime est due, et en quoi consiste-t-elle? C'est ce qui constitue le droit de la *portion légitime* (*portio s. pars legitima*) [1]; 2° quelles sont les personnes qui doivent être instituées héritières, alors même que le testateur les restreint à la légitime dans les cas où elles ne peuvent être exclues [2]?

§ 679. 2. *Des personnes qui y ont droit.*

Les personnes auxquelles la portion légitime est due, sont :

1° Les descendants naturels du testateur qui seraient venus à sa succession *ab intestat*; ainsi, les enfants légitimes et légitimés des père et mère et des aïeuls des deux lignes ont le droit de la demander de ces personnes, et les enfants illégitimes, de leur mère seulement et de leurs aïeuls maternels (§ 643) [3]. Quant aux enfants adoptifs :

a) Les adrogés et les adoptés par un ascendant peuvent demander la légitime à leur père adoptif [4], mais relativement à la succession de leur père naturel, il faut examiner si, d'après la Novelle 118, ils viennent à la succession de leur père comme enfants ou seulement comme cognats [5].

b) Ceux qui ont été adoptés par toute autre personne (*ab extraneo*) ont droit à la légitime de leur père naturel, sans pouvoir la prétendre de leur père adoptif [6].

c) Au contraire, ceux qui ont été adoptés par une femme ont également le droit d'exiger la légitime de leur mère adoptive [7].

2° A défaut de descendants, les ascendants naturels du testateur, pourvu qu'ils eussent hérité *ab intestat* [8], ensuite les frères et sœurs germains et consanguins du testateur (*germani et consanguinei*) ont droit à la légitime; mais pour que les frères et sœurs aient droit à la légitime, il faut que le testateur ait institué pour héritier une personne honteuse (*persona turpis*) [9]. Les frères et sœurs utérins (*uterini*) [10] et les enfants de frères et sœurs n'ont aucun droit à une légitime [11].

---

[1] Paul, IV; 5. — Cod. Gregor. II, 8. — Inst. II, 18. — Dig. V, 2. — Code, III, 28. — Nov. 18, ch. 1. — Nov. 115, ch. 3, 4. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XIX; 4. — C. Chifletius, *De portionibus legitimis*; dans Otto *Thes.* V, p. 721. — J. O. Westenberg, *Diss. quatuor de portione legitima*. Dans ses *Opera*, Hann. 1746, t. I, n° 11. — C. F. Zeperniek, *Historia jur. civ. de legitima portione parentum*. Halæ, 1773. — G. Mœller, *Die Lehre vom Pflichttheil*, 2e part. Amberg, 1801, 1806. — A Cralle, *Comm. historico juridica de portione legitima*. Præfatus est L. A. Warnkœnig. Bonnæ, 1820. — Cpr. aussi Ed. Schrader, *Comm. de nexu successionis ob intestato et querelæ inoff. test.* Gœtt. 1802. — C. A. C. Klenze, *Diss. querelæ inoff. testamenti natura ex principiis juris romani antejustinianea eruta*. Spec. I, Berol. 1821. — W. Francke, *Das Recht der Notherben und Pflichttheils-Berechtigten*. Gœtt. 1831. — Mühlenbruch, *Continuation des Comm. de Glück*, 35e et 36e part.

[2] Le soldat qui teste *jure militari* n'est pas tenu d'avoir égard aux dispositions relatives aux héritiers légitimaires, pourvu qu'il ait connu leur existence. § 6, J. II, 13. — Const. 9, 10, C. VI, 21. — Cpr. const. 17, ibid. et const. 37, C. III, 28.

[3] Pr. § 1, J. II, 18. — fr. 29, § 1, 3, D. V, 2. — § 5, J. II, 13.

[4] § 4, J. II, 13. — § 2, J. II, 18. — Const. 10, C. VIII, 48.

[5] *V.* plus haut, le § 643. — Il est des auteurs qui leur refusent toute légitime de leur père naturel. — Thibaut, *System*, § 810. — Glück, *Comm.* 7e partie, p. 11.

[6] Const. 10, pr. § 1, C. VIII, 48.

[7] Car la const. 5, C. ibid. les assimile aux enfants naturels. — Glück, *Comm.* 7e part. p. 372.

[8] § 1, J. II, 18. — fr. 1; fr. 15; pr.; fr. 30, pr: D. V, 2.

[9] Cependant un auteur a cherché à prouver contre cette opinion presque généralement reçue par les modernes, qu'en droit romain, les frères et sœurs n'ont jamais de droit à une légitime proprement dite et déterminée, mais qu'ils ont seulement le droit d'intenter la plainte de testament inofficieux si une personne honteuse leur était préférée, pour lui faire rendre tout ce qu'elle avait reçu, quelle qu'en soit la quotité. Glück, *Comm.* 35e part. p. 93 et suiv.

[10] Const. 27, C. III, 28. — Sur l'ancien droit : fr. 8, § 5, D. V, 2. — Const. 1, 3, C. Theod. II, 19, et const. 21, C. III, 28. — J. V. Trummer, *Diss. de querela inoff. test. fratribus uterinis haud deneganda*. Erlang. 1783. Cet auteur pense différemment; *v.* contre son opinion : H. Lorenz, *Diss. utrum Nov.* 118, *ch.* 4 *legi* 27 *C. de inoff. test. abroget, fratribusque uterinis legitima relinquenda sit, nec ne?* Gœtt. 1784. — Hœpfner, *Comm.* § 473 *a*, note *b*. — Glück, *Comm.* 7e part. p. 12 et suiv.

[11] Il est vrai que la grande majorité des jurisconsultes refusent la légitime et la plainte de testament inofficieux aux enfants de frères et sœurs, ce qui n'est pas douteux d'après l'ancien droit. § 1, J. II, 18. —

§ 680 3. *De la quotité de la légitime.*

La légitime est toujours une part de la portion des biens, que celui qui a le droit de la réclamer aurait eue s'il avait succédé *ab intestat* [1]. Dans le principe, elle se composait, d'après l'analogie de la loi Falcidie, dans tous les cas, du quart des biens qu'il aurait eus *ab intestat,* quel que fût d'ailleurs le nombre des ayants droit [2]. Mais plus tard, Justinien augmenta la portion légitime en faveur des descendants du testateur, en ordonnant, que s'il existait quatre ou moins de quatre descendants du testateur ayant droit à la légitime, elle serait du tiers de la portion *ab intestat,* et que s'il s'en présentait plus de quatre, elle serait de la moitié [3]. L'on compte les descendants qui succéderaient *ab intestat* par souches, non point d'après le nombre de têtes, mais d'après le nombre de ces souches; de sorte que les personnes qui appartiennent à la même souche ne font aussi qu'une seule personne [4]. La légitime des ascendants et des frères et sœurs n'a pas varié et est encore du quart de leur portion *ab intestat* [5].

§ 681. 4. *De la computation de la légitime.*

Nous établirons encore les principes suivants sur la légitime et sur sa computation.

1. Pour déterminer sa quotité, il faut considérer l'époque de la mort du testateur, aussi bien relativement à l'importance de ses biens, que relativement aux personnes et à leur nombre [6].

2. La légitime ne peut être calculée que sur les biens du défunt, déduction faite de toutes dettes [7].

3. Pour déterminer si la légitime est de la moitié ou du tiers seulement de la portion *ab intestat* de celui qui la réclame, il faut compter toutes les personnes qui eussent hérité du testateur s'il était mort *ab intestat,* par conséquent ceux qu'il a exhérédés [8], ceux qui ont renoncé à la succession et la veuve indigente (§ 654).

4. La légitime est une portion de la succession du défunt; celui à qui elle revient ne peut donc l'exiger qu'après la mort de celui à qui il a le droit de la demander [9], et il faut en général lui porter en compte tout ce que le défunt lui a laissé à quelque titre que ce soit, soit par institution d'héritier, soit par legs, soit par donation à cause de mort [10]; mais la donation entre vifs ne lui compte que lorsqu'elle lui a été expressément donnée sous cette condition [11].

5. Celui qui a des héritiers légitimaires ne peut, par des donations entre vifs, diminuer ses biens de manière à rendre la légitime nulle ou même à la diminuer. La donation qui contrevient à ce principe s'appelle *donation inofficieuse* (*donatio inofficiosa*); cette qualité de la donation doit être déterminée au temps où elle a été faite [12].

6. Enfin, la légitime doit provenir de la substance de la succession [13], et ne peut être

---

fr. 1, D. V, 2. — Const. 21, 27, C. III, 28; mais il est très-douteux que ce droit leur soit applicable, d'après les nouvelles dispositions de la Nov. 118, ch. 3, sur le droit de succession *ab intestat* des enfants de frères et sœurs.

[1] Madihn, *De portione legitima non portione portionis ab intestato debitæ.* Francf. ad V. 1788. — Contra : Glück, *De constituenda legitimæ portionis parentum quantitate.* Dans ses *Opusc.* Fasc. 3, et *Comm.* t. VII, p. 29-60.

[2] § 6, J. II, 18. — fr. 8, § 6, 8, D. V, 2. — Const. 29, C. III, 28. C'est pour cette raison que dans les Pandectes et dans le Code elle s'appelle ordinairement : *quarta,* ou aussi *Falcidia.* Const. 31 ibid.

[3] Nov. 18, ch. 1. De là ces vers si connus :

> Quatuor aut infra natis, dant jura trientem,
> Sed dant semissem liberis, si quinque vel ultra.

[4] Telle est du moins l'opinion générale. Glück, *Comm.* t. VII, p. 60. Il y a des auteurs qui, dans la légitime d'un descendant, n'envisagent pas le nombre des souches en général, mais celui des personnes dans *cette* souche, à laquelle le descendant appartient; de sorte que, d'après leur opinion, par exemple, un fils vient à la succession avec 6 petits-enfants d'un fils prédécédé, la légitime du fils sera du tiers, celle des petits-enfants de la moitié de la portion *ab intestat.*

[5] La plupart des auteurs sont, il est vrai, d'une opinion différente; ils prétendent que la majoration de la légitime, par la Nov. 18, ch. 1, se rapporte à tous ceux qui ont le droit de l'exiger. — Glück, *Comm.* t. VII, p. 27.

[6] Const. 6, C. III, 28. Cette const. et les suivantes parlent encore, à la vérité, de l'ancienne légitime, mais Justinien n'a rien changé à cet égard.

[7] Fr. 8, § 9, D. V, 2. — fr. 39, § 1, D. L, 16.

[8] Fr. 8, § 8, D. V, 2. C'est ce qu'on exprime ordinairement par les mots suivants : Exheredatus numerum facit ad augendam et partem facit ad minuendam legitimam.

[9] D'après la règle : *hereditas defuncti non datur.* — *V.* plus haut, le § 632.

[10] Fr. 8, § 6, D. V, 2. — Const. 29, 30, pr. C. III, 28.

[11] Fr. 25, pr. D. V, 2. — Const. 35, § 2, C. III, 28. — Const. 20, § 1, C. VI, 20.

[12] *V.* plus haut, le § 465 et les auteurs y indiqués, note 10.

[13] Const. 36, § 1, C. III, 28. Cependant si celui qui a droit à la légitime est institué *in re certa,* il n'a pas

rendue onéreuse, ni par une condition, ni par un terme [1], ni être grevée d'une charge ; par exemple, d'une condition, d'un legs ou d'un fidéicommis ; toutes ces modalités sont regardées comme non écrites [2].

§ 682. E. *De la nécessité d'instituer ou d'exhéréder certaines personnes* [3].

1. *Quelles sont ces personnes?*

Les héritiers légitimaires sont en général toutes les personnes auxquelles un testateur doit nécessairement avoir égard ; mais il y a néanmoins entre eux une différence très-importante. En effet, les descendants et les ascendants doivent ou être formellement institués comme héritiers, ou être expressément exclus de toute la succession [4]. Lors même qu'ils ne reçoivent que leur portion légitime, ils doivent néanmoins, dans tous les cas, être institués. Mais lorsqu'ils sont institués, rien n'empêche que la quotité de leur légitime leur soit laissée de toute autre manière ; par exemple, sous forme de legs [5]. C'est précisément parce que les descendants et les ascendants du défunt doivent être formellement institués ou expressément exclus, qu'on les appelle *héritiers légitimaires*, dans le sens étroit [6]. Les frères et sœurs ont droit à la légitime, lorsqu'une personne infâme ou décriée a été instituée, mais il n'est pas requis de les instituer ni de les exclure expressément [7] ; dans ce cas, il suffit au contraire que la légitime leur soit laissée d'une manière quelconque. Ils ne sont donc pas héritiers légitimaires dans le sens étroit [8], dans lequel nous prenons, dès ce moment, cette expression.

§ 683. 2. *Des espèces d'exclusion.*

Ainsi, les héritiers légitimaires doivent être ou expressément institués, ou formellement exclus. L'exclusion de toute la succession est, en droit romain, ou une *exhérédation* (*exheredatio*) ou une *omission* (*præteritio*).

L'exhérédation est la déclaration expresse du testateur qu'un héritier dont la loi l'oblige de faire une mention formelle, soit exclu (*exheres*). Elle ne peut être faite que dans un testament, et ne peut être soumise, de même que l'institution d'un héritier légitimaire, à aucune condition [9] ; elle doit aussi être faite *ab omnibus heredibus* et *ab omni gradu* [10].

Celui qui n'est pas formellement institué ou exhérédé s'appelle *præteritus* [11]. Le père est

---

le droit de demander le partage de tous les biens de la succession ; il ne peut exiger que l'évaluation de ce qui lui a été laissé et, d'après les circonstances, un complément pour parfaire sa portion.

[1] Const. 32, 33, pr. C. III, 28. — Nov. 18, ch. 3. Cependant on peut imposer une charge à celui qui reçoit la légitime, lorsqu'en échange de cette charge on lui donne un avantage avec la condition expresse qu'il n'en profitera pas, s'il refuse la charge. C'est ce qu'on appelle *cautela Socini*, du nom de *Marianus Socinus le jeune*, jurisconsulte italien qui vécut dans la première moitié du XVIe siècle ; le premier, il la déclara admissible dans une consultation sur un testament qui la renfermait.

[2] La const. 12, C. III, 28, contient une exception.

[3] Ulpien, XXII, 14-23. — Gajus, II, 123-137. — Inst. II, 13. — Dig. XXVIII, 2. — Code, VI, 28, 29. — Pour le droit nouveau, surtout : Nov. 115, ch. 3-5. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 12-15. — G. Noodt, *De liberorum exheredatione et præteritione*. Lugd.-Bat. 1692. — L. van de Poll, *De exheredatione et præteritione romana et hodierna*. Amstelod. 1700. — A. Heise, *Diss. de successoribus necessariis*. Gœtt. 1802. — J. H. Mayer, *Diss. an et quatenus principia juris romani de successione necessaria etiam ad pacta successoria applicari possint?* Gœtt. 1805. — Hübner, *Disput. jur. civ.* I, 9. — A. G. Fœrster, *Diss. de bon. poss. liberorum præteritorum contra tabulas parentum*. Præmissa est disputatio de suis heredibus jure civili aut instituendis aut exheredandis. Vratislav. 1823.

[4] Fr. 30, D. XXVIII, 2. — Nov. 115, ch. 3, pr.

[5] Const. 30, pr. § 1, C. III, 28. Cpr. Nov. 115, ch. 3, pr.

[6] Les modernes les appellent également *héritiers nécessaires, heredes necessarii*, mais cette expression, prise dans ce sens, n'est pas conforme aux sources ; car l'héritier nécessaire est, en droit romain, celui qui doit nécessairement devenir héritier, lorsqu'une succession lui est déférée par un motif quelconque.

[7] Car Justinien n'a rien changé par le § ult. J. II, 18, et la Nov. 18, ch. 1, en ce qui regarde les frères et sœurs, à l'ancien droit, d'après lequel on pouvait leur laisser la légitime de quelque manière que ce fût.

[8] La veuve indigente n'appartient pas à ces héritiers légitimaires, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit instituée pour sa part et portion.

[9] Fr. 3, § 1, D. XXVIII, 2. — fr. 18, D. XXXVII, 4. — fr. 68 in fine, D. XXVIII, 5. — fr. 15, D. XXVIII, 7. Néanmoins, un héritier sien peut être exhérédé sous une condition, lorsqu'il est institué pour le cas où la condition n'arrivera pas ; car alors il n'est passé sous silence dans aucun cas, soit que la condition s'accomplisse, soit qu'elle ne s'accomplisse pas. fr. 86, D. XXVIII, 5. — Const. 4. C. VI, 25. L'institution conditionnelle d'un héritier légitimaire, sans exhérédation pour le cas contraire, est également permise, lorsque la condition dépend d'un fait purement volontaire de la part de l'héritier légitimaire. fr. 86 cit. — fr. 20, § 4, D. XXXVIII, 2. — fr. 1, § 8, D. XXIX, 4. — fr. 13, D. XXXVII, 4.

[10] Fr. 3, § 2-4, D. XXVIII, 2.

[11] § 12, J. III, 1. — « Liberis *præteritis*, id est, neque heredibus institutis, neque, ut oportet, exhere-

toujours tenu, à peine de nullité, d'*exhéréder* les héritiers siens (*sui*) et posthumes (*postumi*) [1], aussi bien que les émancipés ; mais la mère peut *omettre, passer sous silence* (*præterire*) ses enfants, et il en est de même de ceux-ci à l'égard de leurs parents [2]. D'après les dispositions de Justinien, l'exhérédation et l'omission ne sont pas admises sans un légitime motif, qui doit être indiqué dans le testament [3].

§ 684. 3. *Des causes d'exclusion.*

A. Les causes qui permettent aux ascendants d'exhéréder ou de passer sous silence leurs descendants sont les suivantes [4] :

1. Si les descendants commettent des voies de fait envers eux.

2. S'ils leur adressent des injures graves.

3. S'ils les accusent d'un crime qui n'est pas dirigé contre l'Etat ou contre le prince.

4. S'ils fréquentent des empoisonneurs et participent à des empoisonnements.

5. S'ils attentent à la vie de leurs ascendants avec du poison ou de toute autre manière.

6. Si le fils est en commerce illicite avec la femme ou avec la concubine de son père ; ce principe s'applique également au cas du petit-fils avec la femme de son grand-père, mais nullement à celui de la fille avec le mari de sa mère.

7. Si le fils ou le petit-fils porte une accusation fausse contre ses ascendants et leur occasionne par là une grande perte dans leurs biens.

8. Si le fils ou le petit-fils, sollicité par le père ou par l'aïeul emprisonné pour dettes, de se porter caution pour lui et de le faire mettre en liberté, donne un refus, quoique ses moyens le lui permettent.

9. Si un descendant a empêché ses ascendants de faire un testament ou de modifier un testament déjà fait [5].

10. Si le fils s'engage, contre la volonté de ses parents, dans une troupe de gladiateurs ou de mimes (*arenarii, mimi*) et y reste malgré les remontrances des parents.

11. Si la fille ou la petite-fille qui avait l'occasion de faire un mariage convenable, et à laquelle ses parents offraient une dot, refuse de se marier et se livre à une vie débauchée ; à moins que les parents n'aient empêché le mariage, malgré la majorité de la fille [6].

12. Si les enfants n'ont pas pris chez eux leur ascendant en état de démence [7].

13. S'ils ne l'ont pas racheté de la captivité [8].

14. Si les descendants de parents orthodoxes se sont convertis à une secte hérétique.

B. Les descendants peuvent exhéréder ou passer sous silence leurs ascendants par les motifs suivants [9] :

1. S'ils ont été accusés par eux d'un crime puni de mort, à moins que le crime n'ait été dirigé contre l'Etat ou contre le prince.

2. Si les ascendants portent atteinte à leurs jours avec du poison ou de toute autre manière.

3. Si le père a des liaisons illicites avec la femme ou avec la concubine de son fils de famille.

4. Si les parents empêchent leurs enfants de tester des biens dont la loi leur permet de disposer par testament.

5. Si l'un des parents cherche à égarer l'esprit de l'autre par le poison ou à lui ravir la vie de toute autre manière.

6. Si les enfants ou l'un d'eux tombe en démence, sans que les parents en prennent les soins nécessaires.

7. Si les parents ne font pas d'efforts pour tirer leur enfant de la captivité dans laquelle il se trouve.

---

datis. » — Quid, si l'héritier sien passé sous silence décède avant le testateur? *V.* Gajus, II, 123. — fr. 12, pr. D. XXVIII, 3. — Quid, s'il s'abstient? fr. 17 in fine, D. XXVIII, 3.

[1] *Sui heredes*, héritiers siens, sont par rapport à l'institution et à l'exhérédation, de même que par rapport à la succession *ab intestat*, ceux qui se sont trouvés sous la puissance immédiate du testateur jusqu'au moment de son décès, ou qui s'y seraient trouvés s'ils avaient été nés au moment de sa mort (*postumi*).

[2] Ulpien, XXII, 14-23. — Gajus, II, 135. — Inst. II, 13.

[3] Nov. 115, ch. 3-5. — F. C. Weichsel, *Diss. de præteritione justa adjecta causa.* Giess. 1797.

[4] Nov. 115, ch. 3.

[5] Dans ce cas, si les parents décèdent, sans pouvoir faire l'exhérédation, l'enfant est exclu de l'ordre de succession, comme indigne.

[6] Un mariage contracté contre la volonté des parents n'est pas un motif d'exhérédation, Nov. 115, ch. 3, § 11 ; mais il entraîne la perte du droit de demander une dot.

[7] Si l'ascendant décède en état de démence, la succession revient à celui qui l'a pris chez lui (§ 634), et les enfants institués dans le testament fait avant la démence en sont exclus, comme indignes ; celui qui a donné ses soins à l'ascendant prend leur place, et toutes les autres dispositions conservent leur force. Nov. 115, ch. 3, § 12.

[8] Nov. 115, ch. 3, § 13.

[9] Nov. 115, ch. 4.

8. Si les parents d'un enfant orthodoxe se rendent coupables d'hérésie.

D'autres motifs que ceux qui viennent d'être indiqués ne justifient ni l'exhérédation ni l'omission [1]. Il est vrai de dire, d'après les principes généraux, que la réconciliation fait cesser l'effet de l'un ou de l'autre de ces motifs; mais ce point est contesté [2].

§ 685. F. *Des conséquences de l'exclusion illégale* [3].

1. *Généralités.*

La loi impose donc au testateur certaines obligations quant à ses héritiers légitimaires; s'il ne les remplit point, ses dernières dispositions sont soumises à des conséquences diverses :

I. Si les héritiers légitimaires sont institués, ils ne peuvent pas attaquer les dispositions du testament, lors même que le testateur ne leur a pas laissé leur portion légitime en entier; ils ne pourront, dans ce cas, demander qu'un supplément, lors même que le testateur ne l'aurait pas expressément ordonné (*licet non fuerit adjectum*) [4]. La même règle s'applique aux frères et sœurs auxquels la légitime n'a pas été laissée en entier [5].

II. Les héritiers légitimaires sont-ils entièrement exclus, il faut distinguer l'ancien droit qui précéda la Novelle 115 du droit nouveau qui la suivit.

A. D'après l'ancien droit :

1. Les héritiers *passés sous silence* dans le testament de leur père, pouvaient l'attaquer en droit civil comme *nul* ou *rompu* (*nullum, ruptum test.*), selon qu'à l'époque de sa confection ils étaient déjà siens, ou selon qu'ils ne le sont devenus que plus tard (*postumi*) [6]; les émancipés passés sous silence étaient admis à demander la *bon. poss. contra tabulas*, qui était d'ailleurs également accordée aux héritiers siens passés sous silence [7].

2. Les enfants, soit siens, soit émancipés, formellement exhérédés par leur père, ne pouvaient invoquer que la *querela inofficiosi testamenti*, s'ils parvenaient à prouver qu'ils étaient injustement exhérédés (*inique*) [8].

3. Le testament de la mère et des enfants n'était également attaquable, dans le même cas, que par la *querela inoff. test.* La raison en est que ces enfants ne sont jamais sous la la puissance de leur mère, ils ne peuvent en aucun cas devenir héritiers siens de cette dernière; de là cet axiome, que le silence gardé par la mère dans son testament, *tantum facit quantum exheredatio patris* [9].

4. Il en était de même du testament des frères et sœurs, lorsque le testateur avait institué une personne honteuse, sans laisser la légitime à ses frères et sœurs [10]. La *querela nullitatis*, la *bon. poss. contra tabulas* et la *querela inoff. test.* avaient toutes pour effet de rendre le testament radicalement nul [11].

B. Le droit nouveau ou la Novelle 115, ch. 3-5, ordonna :

---

[1] Car la Nov. 115, ch. 3, dit expressément : « ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis opponere, nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur. »

[2] Arg. § 12, J. IV, 4.— fr. 11, § 1, D. XLVII, 10. — Glück, *Comm.* 7e partie, p. 217. — Quelques auteurs distinguent entre la réconciliation qui a eu lieu *avant* et celle qui s'est faite *après* le testament. — Hœpfner, *Comm.* § 478, note 7. — Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 683.

[3] Outre les ouvrages cités p. 312, note 1 et au § 682, note 3, il faut remarquer les suivants : Jos. Fernandez de Retes, *Ad tit. de bon. possessione contra tabulas et de inofficioso testamento;* Meerman *Thes.* t. VI, p. 489. — Ge. Jos. Stein, *Versuch einer theorisch-praktischen Abhandlung über die Lehre des rœm. Rechts vom pflichtwidrigen Testamente.* Erlangen, 1798. — J. C. Koch, *Bonorum possessio.* Giessen, 1799, p. 134, et suiv. — Glück, *Comm.* t. VI, VII, § 533-561. — A Schweppe, *Diss. de querela inoff. test. successori necessario in genere tali in unoquoque casu concedenda nec ne.* Gœtt. 1803. — G. Planck, *Diss. de nexu et habitu inter diversas successionis necessariæ species et differentiis et convenientiis inter eas intercedentibus ex jure novissimo.* Gœtt. 1806.

[4] § 3, J. II, 18. — Const. 30, pr.; const. 35, § 2; const. 36, C. III, 28. — Nov. 115, ch. 5, pr. — Glück, *Comm.* t. VII, p. 147. — G. J. de Schleinitz, *Comm. de actione qua ad supplendam legitimam agitur.* Gœtt. 1819.

[5] C. Heineken, *Diss. de parentibus et fratribus et L. 30 C. de inoff. test. agere valentibus.* Helmst. 1762.

[6] Ulpien, XXII, 14 suiv. — Gajus, II, 123 suiv. — pr. § 1, J. II, 13. — fr. 30, D. XXVIII, 2.

[7] Ulpien, XXII, XXIII et XXVIII, 2-4. — Gajus, II, 135. — § 3, J. II, 13. — fr. 8, pr. D. XXXVII, 4.

[8] Fr. 1-3, D. V, 2. — fr. 10, § 5, D. XXXVII, 4. Cependant, dans ce cas, les émancipés devaient d'abord demander la *bon. poss. ex edicto unde liberi*, qui, pour ce motif, s'appelait également *bon. poss. litis ordinandæ gratia.* fr. 6, § 2; fr. 7; fr. 8, pr. D. V, 2.

[9] § 7, J. II, 13. — § 1, J. II, 18. — Const. 17, 28, C. III, 28.

[10] Const. 27, C. ibid.

[11] Ulpien, XXIII, 16, 18.— § 1, J. II, 17.—fr. 10, § 2, D. XXXVII, 5. — fr. 8, § 16; fr. 28, D. V, 2. — fr. 7, D. XXVIII, 2. Néanmoins, les legs faits dans le testament aux descendants et aux ascendants du testateur conservaient leurs effets dans le cas de la *bon. poss. contra tabulas.* fr. 1, pr. § 1; fr. 3, § 1; fr. 5, § 2, D. XXXVII, 5.

1. Quant aux frères et sœurs, que l'ancien droit d'attaquer le testament au moyen de la *querela inoff. test.* subsisterait avec tous ses effets.

2. Quant aux parents et aux enfants, Justinien ordonna qu'ils seraient toujours tenus de s'instituer et qu'une exclusion totale ne serait admise, soit par exhérédation, soit par omission, que dans le cas où le testament ferait mention d'une des causes spéciales déterminées par la Novelle. Le testament de celui qui contrevient à cette disposition de Justinien peut être attaqué, soit que le testateur n'ait pas indiqué de cause d'exhérédation, soit que celle qu'il a mentionnée n'est pas conforme à la loi, soit qu'elle est légale, mais contraire à la vérité. Mais les jurisconsultes ne sont pas d'accord sur les moyens de l'attaquer :

a) Les uns veulent que le testament soit toujours attaqué au moyen de la *querela nullitatis ex jure novo* (système de nullité pur) [¹].

b) D'autres prétendent qu'il ne peut l'être qu'au moyen de la *querela inoff. test.* (système d'inofficiosité pur) ; mais d'après les uns et les autres, l'action n'a plus pour effet que d'annuler l'institution d'héritier ; pour le reste, le testament conserve ses effets [²].

c) Enfin, d'après ceux qui tiennent le milieu entre ces deux systèmes, le testament est nul si aucune cause ou du moins aucune cause légale n'est indiquée ; il est au contraire inofficieux, lorsque la cause légitime mentionnée n'est pas conforme à la vérité (système mixte) [³]. De ces trois systèmes, le second paraît mériter la préférence [⁴].

§ 686. 2. *De la plainte de testament inofficieux en particulier* [⁵].

a. *Qui peut l'intenter?*

La plainte de testament inofficieux peut être intentée, en premier lieu, par les descendants du testateur qui ont droit à la légitime. S'il n'existe point de descendants ou s'ils ne peuvent ou ne veulent pas intenter la plainte, elle appartient aux ascendants auxquels la loi accorde une légitime et aux frères et sœurs germains et consanguins du testateur, lorsqu'une personne honteuse a été instituée ; les frères et sœurs utérins restent formellement exclus. Lorsque, dans l'un ou dans l'autre cas, plusieurs personnes ont à la fois le droit d'intenter l'action en inofficiosité, et que l'une d'elles ne veut pas s'en prévaloir ou la néglige, sa part accroît aux autres [⁶], et lorsque tous ceux qui en ont le droit ne veulent ou ne peuvent l'intenter, elle passe à celui ou à ceux qui, après ces premiers, sont autorisés à actionner [⁷].

§ 687. b. *Contre qui est-elle dirigée?*

La plainte d'inofficiosité doit être dirigée contre l'héritier institué dans le testament ; elle repose aussi longtemps qu'il n'a pas adition d'hérédité [⁸]. Ainsi, lorsqu'elle est intentée par des descendants ou des ascendants, elle a lieu contre tout héritier quel qu'il soit [⁹] ; celui-ci doit prouver l'existence de la cause d'exhérédation, lorsque le demandeur en dénie

---

[¹] Martinus et Azo in glossa ad L. 3, D. *de inoff. test.* et ad Authent. col. 8, tit. 16, ch. 3, S. V. nominotim et advers. Si autem hæc observata non fuerint. — J. M. Schneidt, *De querela inoff. test. inter parentes et liberos exulo.* Wirceb. 1778. —Weber, sur Hœpfner, *Comm.* § 525, note 2. — Thibaut, *Pand.* § 819. — Gons, *Scolien zu Gajus*, p. 295, et *Erbrecht*, t. II, p. 92-107, 115-131. — Mühlenbruch, *Pand.* Ed. 3, § 775, 776.

[²] Cujas, sur la Nov. 18, et *Comm. in L. 3, de liberis et postum.* — Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 13. — Duarenus, *Comm. ad tit. Dig. de inoff. test.* ch. 3 (*Oper.* p. 174). — Vinnius, *Sel quæst.* II, 21. — Voet, *Comm. ad Pand.* V, 2, § 23. —Malblanc, *Princ. jur. rom.* t. III, § 697. — J. G. Paul du Roi, *De test. ob exheredationem sine elogio factam non ipso jure nullo.* Helmst. 1780. — Hofacker, *Hist. jur. civ. de exheredatione et præteritione.* Tubing. 1782, § 26. — Koch, *Bon. possessio*, p. 140. — Glück, *Comm.* 7ᵉ part. p. 347. — Valett, *Notherbenrecht*, § 36. — von Hartitzsch, *Erbrecht*, § 126.—Unterholzner, *Verjæhrung*, t. II, § 170. — Rosshirt, *Erbrecht*, p. 403. — Du Caurroy, *Instit. expliquées*, appendice, II, 18.

[³] J. Bassianus et Accursius, *In glossa*, not. 10 cit. —Faber, *In errorib. pragm.* Dec. 14, err. 7.—Madihn. *De successionibus*, § 141. — Haubold, *Diss. de differentiis inter testam. nullum et test. inoff.* Lips. 1784, et dans ses *Opusc.* Ed. Wenck, V. I, p. 1.

[⁴] Déjà l'expression « *rescisso s. evacuato testamento* » qu'on n'employait dans l'ancien droit qu'en parlant du *testament inofficieux*, le prouve. Ces mots : « *quantum ad institutionem heredum pertinet,* » ne sont qu'une restriction de la loi nouvelle, apportée à l'effet de la rescision. — Julien, *Epitomen*, *Nov.* 113, ne parle toujours dans ce cas que du testament inofficieux.

[⁵] *V.* les ouvrages déjà cités aux §§ 678, 682, 683 ; ensuite : Doneau, *Comm. jur. civ.* XIX, 3-10. — Glück, *Comm.* t. VII, § 532-561.

[⁶] Fr. 16, pr.; fr. 17, pr.; fr. 23, § 2, D. V, 2.

[⁷] D'après les principes établis au § 646, 3°. — *V.* aussi : fr. 1, § 7, D. XXXVIII, 8. — fr. 31, pr.; fr. 14, D. V, 2. — Const. 34, C. III, 28. — Glück, *Comm.* 7ᵉ part. p. 380 et suiv.

[⁸] Fr. 8, § 10, D. V, 2.

[⁹] Fr. 8, § 2, D. ibid. Elle a également lieu contre quiconque prend la place de l'héritier. Const. 1, 10, C. III, 28.

la véracité [1]. Lorsqu'au contraire elle est intentée par des frères et sœurs, elle n'est dirigée que contre l'héritier qui se trouve dans la catégorie des personnes honteuses (*personæ turpes*); le demandeur doit prouver le déshonneur dont le défendeur est entaché et le défaut de motif qui l'a fait préférer [2].

§ 688. c. *A quoi tend-elle?*

La plainte d'inofficiosité a pour but de faire rescinder le testament et restituer la succession. Si celui qui l'intente est seul héritier *ab intestat*, son action tend à faire restituer toute la succession ; dans tout autre cas, il ne peut exiger que la part qu'il aurait eue *ab intestat* [3], à moins qu'il ne s'agisse d'un droit d'accroissement (§ 686) [4]. Il en est de même des frères et sœurs qui ne peuvent actionner la *persona turpis* instituée dans le testament, que pour leur part et portion *ab intestat;* et, dans le cas où une *persona honesta* et une *persona turpis* ont été instituées, pour la part qui écherrait à cette dernière d'après la volonté du testateur [5].

§ 689. d. *Des effets de la plainte.*

A. Si la plainte est intentée avec succès, il faut faire, quant aux effets qui en sont la conséquence, les distinctions suivantes :

1. Si elle est intentée par des descendants ou par des ascendants (*querela ex jure novo*, § 685), le testament n'est jamais annulé que quant à l'institution d'héritier; celle-ci est entièrement invalide lorsque le demandeur obtient une rescision totale; elle l'est en partie seulement, lorsqu'il n'obtient qu'une rescision partielle (§ 688) ; toutes les autres dispositions contenues dans le testament, par conséquent les legs et les fidéicommis, restent valables [6]. Ainsi :

a) Lorsque l'institution d'héritier est totalement renversée, la succession est déférée *ab intestat*, et les héritiers mêmes qui n'avaient pas le droit d'intenter la plainte d'inofficiosité profitent de cet ordre de succession [7].

b) Lorsqu'au contraire l'institution n'est rescindée qu'en partie, la succession est déférée d'après un ordre mixte ; elle est *ab intestat*, quant à la portion que le demandeur obtient ; elle est testamentaire, relativement à la part qui reste à l'héritier institué. Les dettes et les legs sont supportés par chacun en proportion de la part qu'il accueille [8].

2. Lorsque la plainte est intentée par des frères et sœurs (*querela ex jure veteri*, § 685), il faut également distinguer :

a) Lorsqu'une *persona turpis* a été seule instituée et que l'institution est totalement rescindée, le testament est annulé en entier, et la succession est déférée *ab intestat;* dans ce cas, ceux qui n'avaient aucun droit à intenter la plainte prennent néanmoins leur part dans la succession ; mais lorsque l'institution de la *persona turpis* n'est pas entièrement rescindée, la succession est de nouveau déférée d'après un ordre mixte et les legs restent valables.

b) Lorsqu'une *persona honesta* et une *persona turpis* ont été instituées, la même chose a lieu ; seulement l'institution de la seconde est rescindée soit totalement, soit en partie, selon la quotité de la portion *ab intestat* des demandeurs, tandis que l'institution de la première reste valable et que les legs sont aussi maintenus [9].

B. Si la plainte est intentée sans succès, c'est-à-dire si le demandeur perd son procès, le testament est naturellement maintenu, et le demandeur perd, en général à titre de peine, tout ce qui lui était donné par le testament [10].

§ 690. e. *Des qualités particulières de la plainte.*

Nous ferons encore les remarques suivantes sur la plainte de testament inofficieux :

1. Elle est une voie extraordinaire à laquelle on ne peut recourir qu'à défaut de tout autre moyen d'obtenir tout ou partie de l'hérédité [11].

---

[1] Nov. 115, ch. 3, § 14 in fine : « Sive igitur omnes ——— decernimus. » Cpr. Const. 4, § 9, ibid.

[2] Fr. 5; fr. 24, D. V, 2. — Const. 27, C. III, 28.

[3] Fr. 8, § 8 ; fr. 19, D. V, 2.

[4] Fr. 17, pr.; fr. 23, § 2, D. ibid.

[5] Fr. 24, D. ibid. — Const. 3, C. Th. II, 19. — Const. 27, C. III, 28. Un auteur pense différemment; il prétend que lorsque la part que la *persona turpis* devait recevoir, n'équivaut pas à la portion *ab intestat* du frère ou de la sœur qui actionne, dans ce cas la plainte, pour parfaire cette portion, doit également être donnée contre la *persona honesta*.

[6] Nov. 115, ch. 3, § 14 in fine.—Cpr. chap. 4, § 9, ibid.

[7] Nov. 115, *l. c.* Ainsi, s'il était prouvé que le demandeur n'était pas l'héritier *ab intestat le plus proche*, le gain de sa cause ne lui profiterait pas. fr. 6, § 1, D. V, 2.

[8] Fr. 15, § 2; fr. 16, pr.; fr. 19 ; fr. 25, § 1, D. V, 2.

[9] Arg. fr. 15, § 2; fr. 24, D. V, 2. — Const. 13, C. III, 28.

[10] Fr. 8, § 14, D. V, 2.

[11] § 2, J. II, 18. — Cpr. const. 14, C. III, 28.

2. Elle doit être intentée endéans les cinq années de l'adition d'hérédité faite par l'héritier testamentaire [1].

3. Elle se transmet à la vérité aux descendants de celui qui a le droit de l'intenter, pourvu qu'il n'y ait pas expressément renoncé, ou que le délai légal de 5 ans ne soit écoulé; mais elle ne passe à d'autres héritiers que lorsqu'elle a été introduite de son vivant ou lorsqu'il meurt pendant que l'héritier institué dans le testament délibère [2].

4. Elle n'est jamais admise :

a) Contre le testament fait en campagne par un soldat, pourvu que le testateur ait su qu'il avait ou aurait par la suite des héritiers légitimaires [3].

b) Contre le testament d'un fils de famille qui a disposé de son pécule castrense, tant que le testateur reste fils de famille ; de même, contre le testament qu'un fils de famille fait de son pécule quasi-castrense, excepté lorsqu'il est prêtre [4].

c) Contre la substitution pupillaire faite par le père [5].

d) Enfin, contre l'exhérédation *quæ bona mente fit*, c'est-à-dire lorsqu'on exclut son héritier légitimaire, dans le but unique de favoriser son bien-être [6].

§ 691. II. *Du contenu fortuit des testaments.*

Le testament doit donc contenir une institution d'héritier direct et faire une mention formelle des légitimaires. Outre ces deux éléments essentiels et indispensables de tout testament, beaucoup d'autres dispositions peuvent faire partie de son contenu, telles que substitutions, legs et fidéicommis, nomination de tuteurs et affranchissements ; ces dispositions dépendent entièrement de la volonté du testateur. La tutelle testamentaire a déjà été traitée au § 605; les affranchissements rentrent dans l'histoire du droit, et nous parlerons des legs et des fidéicommis en traitant des codicilles, parce qu'ils peuvent être institués et sortir leurs effets aussi bien dans un codicille que dans un testament. Il ne reste donc à nous occuper ici que des substitutions d'un héritier direct, qui, de même que l'institution, ne peuvent être faites que dans un testament.

§ 692. A. *De la substitution vulgaire.*

La substitution vulgaire, *vulgaris substitutio* [7], consiste dans la nomination d'un autre héritier direct, pour le cas où l'institué ne *veut* ou ne *peut* devenir héritier [8]. Elle est soumise aux principes suivants :

1. Quiconque a le droit de tester peut également faire une substitution pupillaire.

2. Mais cette substitution n'étant autre chose que la nomination d'un autre héritier direct, pour le cas où l'héritier institué ne le deviendrait pas, elle ne peut être faite que dans un testament, et l'on ne peut substituer que celui qui pourrait être institué (§ 675).

3. Elle peut être faite de plus d'une manière : il est permis de substituer au premier héritier un second, à celui-ci un troisième, etc. (*heredes secundo, tertio gradu scribere*), et l'on doit, dans ces cas, appliquer la règle : *substitutus substituto est substitutus instituto* [9]; il est permis de substituer plusieurs héritiers à un seul, et réciproquement un seul à plusieurs [10]; de même, plusieurs héritiers au

[1] Fr. 8, § 17; fr. 9, D. V, 2. —Const. 34, 36, § 2, C. III, 28. — Const. 2, C. II, 41.

[2] Fr. 6, § 2; fr. 7, ibid. — Const. 5, 34, C. ibid. — J. E. Vœlcker (Pr. C. F. Walch), *Diss. de transitu querelæ inoff. testamenti ad heredes.* Jenæ, 1772.

[3] § 6, J. II, 13. — Const. 9, C. III, 28. — Const. 9, 10, C. VI, 21, cpr. avec la const. 17, ibid.

[4] Const. 37, C. III, 28. — Nov. 123, ch. 19. — Un auteur prétend que la Nov. 115, ch. 3, 4 et la Nov. 123, ch. 9, ont entièrement supprimé ce privilége accordé au fils de famille, du moins quant à ses descendants et ascendants.

[5] Fr. 8, § 5, D. V, 2.

[6] Fr. 18, D. XXVIII, 2.— fr. 16, § 2, 3, D. XXVII, 20.—fr. 12, § 2; fr. 47, pr. D. XXXVIII, 2. — Const. 23, C. III, 28. — Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* Ed. 3, § 684.

[7] Gajus, II, 174-178. — Ulpien, XXII, 33, 34. — Paul, III, 4, B. § 4, 5. — Inst. II, 15. — Dig. XXVIII, 6.— Code, VI, 25.— Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 23, 24. — Le même, *Comm. ad Cod.* VI, 25. — T. Papillonius, *Tract. de directis heredum substitutionibus;* dans Otto, *Thes.* t. IV, p. 665. — C. Chifletius, *De substitutionibus; Ibid.* t. V, p. 677. — F. Ramos del Manzano, *Præl. ad tit. Dig. de vulgari et pupillari substitutione;* dans Meerman, *Thes.* t. VII, p. 321. — J. Finestres et de Monsalvo, *Præl. ad tit. Dig. de vulgari et pupillari substitutione;* in præl. Cervar. p. 165, — G. A. Franck, *Diss. de origine ac natura vulgaris et pupillaris substitutionis.* Jenæ, 1829.

[8] Nous ne parlons ici que de la substitution *d'un héritier direct.* Mais les substitutions sont également permises en matière de legs, de fidéicommis et de donations à cause de mort. fr. 50, pr. D. XXXI. — Const. un. § 7, C. VI, 51.

[9] § 3, J. II, 15.—fr. 27, 41, pr.; fr. 47, D. XXVIII, 6. — fr. 69, D. XXIX, 2.

[10] § 1, J. ibid.

premier degré et plusieurs substitués peuvent être mutuellement substitués (*substitutio reciproca s. mutua*) [1].

4. La substitution sort scs effets à l'avénement du cas peur lequel elle a été établie [2]. Si le testateur diaait quela aubstitution n'aurait lieu que dans le cas où le premier héritier ne *veut* pas le devenir, il faut également sousentendre le cas où il ne *peut* l'être, et réciproquement [3].

5. La substitution a pour effet de mettre le substitué aux lieu et place de celui auquel il est substitué. Il reçoit alors, en règle générale, la part que eelui-ci aurait eue, à moins qu'il n'ait des co-substitués qui partagent alors avec lui [4].

6. La substitution s'éteint lorsque l'institué ou un substitué antérieur devient héritier [5], lorsque l'institué profite d'une transmission [6], lorsque le substitué meurt avant l'institué [7], lorsqu'il ne devient pas héritier en qualité d'institué, dans la substitution réciproque [8], lorsque la substitution est conditionnelle, et que la condition n'arrive pas [9].

Cette substitution pour laquelle aucune formalité n'est requise, a beaucoup d'analogie avec l'institution fidéicommissaire, et c'est pour eela que l'on se sert de l'expression *compendiosa*, lorsqu'elles se rencontrent l'une et l'autre [10]; l'institution fidéicommissaire peut aussi être faite par codicilles [11]. Les legs faits dans l'institution s'appliquent aussi à la substitution, mais il n'en est pas de même relativement aux conditions dont le testateur a fait dépendre l'institution; elles ne passent point au substitué [12].

§ 693. B. *De la substitution pupillaire.*

La substitution pupillaire consiste en ce que le père ou l'aïeul paternel nomme un héritier à un enfant impubère soumis immédiatement à sa puissance paternelle, pour le cas où cet enfant viendrait à décéder avant d'avoir atteint sa puberté [13]. Elle est par conséquent un testament que le père fait pour son enfant impubère, qui ne peut tester tant qu'il n'a pas atteint l'âge de puberté.

1. Ce droit est une dérivation de la puissance paternelle; il ne compète donc qu'à celui auquel cette puissanee appartient; mais il est encore requis que les enfants et les petits-fils aient été, au moment où le testament est fait, *sui* ou *postumi sui* avec le testateur; cependant il lui est permis, au moyen de la formule *legis Juniæ Velleiæ*, de substituer pupillairement aux petits-fils qui ne se trouvaient pas encore à cette époque immédiatement sous sa puissance, pour le cas où, au moment de sa mort, ils lui eussent été immédiatement soumis [14].

2. Celui qui a le droit de substituer pupillairement peut, en général, nommer un héritier pour tous les biens de l'impubère, sans distinction d'origine, soit qu'ils proviennent de lui-même, soit qu'ils aient été acquis par l'enfant [15].

3. Lorsqu'il use de ce droit, il doit nécessairement se nommer aussi un héritier direct [16],

[1] Fr. 37, § 1, D. XXVIII, 5.—fr. 4, § 1, D. XXVIII, 6. — fr. 64, D. XXXI. — La substitution réciproque diffère en plusieurs points du droit d'accroissement. fr. 23; fr. 10, pr.; fr. 41, § 1, D. XXVIII, 6. — J. H. Reuter, *Diss. de substitutione reciproca ejusque a jure accrescendi discrimine*. Halæ, 1750.

[2] Fr. 3, D. XXIX, 2.— fr. 69, D. ibid.—Const. 3, C. VI, 26.

[3] Arg. fr. 4, pr. D. XXVIII, 6.—fr. 101, D. XXXV, 1. — Const. 3, C. VI, 24. — Const. 4, C. VI, 26.

[4] § 2, J. II, 15. — fr. 24; fr. 45, § 1, D. XXVIII, 6. — Const. 1, C. VI, 26.

[5] Const, 5, C. VI, 26. Mais on se dispute sur la question de savoir si la substitution, éteinte par l'adition de l'institué, revit lorsque l'institué demande à être restitué contre l'adition. fr. 7, § 10, D. IV, 4. — Vinnius, *Sel. quæst.* I, 14. — J. Voet, *Comm. ad Pand.* XXVIII, 6, § 14. — Coccejus, *Jus controv.* XXVIII, 6, quest. 8. — Walch, *Jus controv.* édit. 3, p. 222.

[6] Ici les héritiers de l'institué sont preférés au substitué, contre l'opinion de Crell, *Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur?* Vitemb. 1734.— Il en est de même du légataire, auquel on a donné un substitué.

[7] Const. un. § 4, C. VI, 51.

[8] Fr. 23, 45, § 1, D. XXVIII, 6.

[9] Fr. 14, 21, 23, D. ibid.

[10] Cette expression vient des glossateurs. La substitution *breviloqua* se rapporte à la combinaison des substitutions vulgaire et pupillaire. *V.* Const. 8, C. ibid.

[11] Fr. 76, D. XXVI, 1.

[12] Fr. 30. § 1, D. XXX.— fr. 61, § 1, D. XXXI.— fr. 82, § 1, D. ibid. — Const. 4, C. VI, 49.

[13] Gajus, II, 179-184. — Ulpien, XXIII, 7, 9. — Inst. II, 16. — Dig. XXVIII, 6. — Code, VI, 26.— Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 25, 26. — Madihn, *Vicissitudines substit. impuberum*; dans ses *Exerc. acad.* Halæ, nº 9. — A. G. Dencken, *Diss. de successione ex pupillari substitutione*. Gœtt. 1781. — J. B. Küstner (C. G. Richter), *Diss. de pupillari testamento prætérita impuberis matre roto*. Lips. 1788. Cette dissertation renferme également une histoire de la substitution pupillaire.

[14] Fr. 2, pr. D. XXVIII, 6. —Pr. J. II, 16.—Théophile, sur ce passage. — Gajus, II, 183. — Ulpien, XXIII, 7.

[15] Fr. 10, § 5, D. ibid. Cependant le père qui a adrogé ne peut substituer pupillairement qu'aux biens qui proviennent de lui-même. fr. 10, § 6, D. ibid.— Cpr. plus haut, le § 582.

[16] Fr. 1, § 3; fr. 2, § 1, D. ibid. — § 5, J. II, 16.

qui peut être une autre personne que l'enfant lui-même; car le père, lorsqu'il a de légitimes motifs, a le droit d'exhéréder cet enfant et cependant de lui substituer pupillairement [1]. Il faut donc considérer dans la substitution pupillaire un double testament : celui que le père fait pour lui-même, et celui qu'il fait pour l'enfant [2]. Il est loisible au père de les confectionner tous deux dans le même contexte, ou de faire l'un par écrit, l'autre oralement [3]. S'il les fait tous deux *en même temps*, il n'est tenu de remplir les formalités ordinaires qu'une seule fois, et il importe peu qu'il nomme d'abord son propre héritier ou celui de l'enfant [4]; mais s'il les fait à des époques différentes, il est obligé de confectionner d'abord le sien, et d'observer pour chacun d'eux les formalités ordinaires [5]. Mais le testament de l'enfant doit toujours être considéré comme partie constituante et comme le supplément du testament paternel, et, pour cette raison, il subsiste et tombe avec ce dernier [6].

4. D'ailleurs, le père n'est en aucune façon restreint, ni quant à la personne du substitué, ni quant au nombre, ni quant au degré de la substitution; il peut donc exclure los légitimaires de l'enfant [7].

5. Il ne lui est pas permis de nommer le substitué au delà de l'âge où l'enfant a la capacité de tester; mais il le peut pour un temps plus court [8].

6. Lorsque le père institue l'enfant, il peut non-seulement combiner expressément la substitution vulgaire avec la substitution pupillaire (*substitutio duplex*), mais chaque fois qu'il n'a nommé qu'une espèce de substitution, l'autre est tacitement sous-entendue, à moins qu'il n'ait déclaré le contraire [9].

7. La substitution pupillaire s'éteint lorsque le testament paternel est nul [10]; lorsque l'enfant, auquel on substitue pupillairement, devient pubère [11]; lorsque avant le décès du testateur, il sort de sa puissance [12], ou lorsqu'il meurt avant le père; dans ce cas cependant, la substitution est maintenue comme substitution vulgaire, si l'enfant a été institué (d'après le principe établi, n° 6) [13].

§ 694. C. *Du privilège des soldats en matière de substitutions.*

Le soldat qui fait un testament militaire (§ 668) jouit de plusieurs privilèges quant aux substitutions vulgaire et pupillaire [14].

1. Il a le droit, même dans le cas où l'héritier qu'il s'est nommé le devient réellement, de lui en substituer un second, et à celui-ci un troisième, etc., de manière que le substitué devient son héritier *direct* [15], tandis que dans le testament d'un non-militaire (*paganus*), une pareille substitution ne donnerait lieu qu'à un fidéicommis universel.

2. Il peut substituer pupillairement lors même qu'il n'a pas de puissance paternelle sur l'enfant [16]; il a le droit de prolonger la substitution pupillaire au delà de l'âge de puberté, mais seulement pour les biens qui proviennent de lui-même [17]; il n'est point requis qu'il se nomme un héritier à lui-même; il s'ensuit que la substitution pupillaire ne s'éteint pas lorsque son propre testament est infirmé [18]. La substitution faite *jure militari* et qui s'écarte de la règle du droit commun, s'appelle aujourd'hui *substitutio militaris* et l'on ne peut pas lui appliquer la règle que la substitution vulgaire est

[1] Fr. 1, § 2, D. ibid. — § 4, J. II, 16.

[2] § 2, J. II, 16. — Gajus, II, 180. — J. F. A. Brunnemann (Pr. G. L. Winckler) *Substitutio pupillaris vel quasi duplex testamentum*. Lips. 1788.

[3] Fr. 20, § 1, D. XXVIII, 6.

[4] Fr. 20, pr. D. ibid.

[5] Fr. 2, § 4-7, D. ibid.

[6] § 5, J. II, 16.

[7] Fr. 8, § 5, D. V, 2.

[8] Fr. 7, 14, D. XXVIII, 6. — Cpr. fr. 21, ibid.

[9] Gajus, II, 179, 180. — fr. 1, § 1; fr. 4, pr. D. ibid. — fr. 29, D. XXVIII, 2. — pr. J. II, 16. — Const. 2, 4, C. VI, 26. Un auteur prétend que la substitution vulgaire seule renferme implicitement une substitution pupillaire, mais que le contraire n'est pas vrai.

[10] § 5, J. II, 16. Cependant si l'enfant était institué, la substitution pupillaire resterait valable, lors même que l'enfant hériterait non *ex testamento*, mais *ab intestato*. fr. 2, § 1, D. XXVIII, 6. — De même, la substitution pupillaire reste valable, d'après la Nov. 115, ch. 3, si le testament paternel est attaqué comme inofficieux. D'après l'ancien droit elle devenait également nulle. fr. 8, § 5, D. V, 2. — « Sed si in patris obtentum est nec hoc valebit. »

[11] Pr. § 8, J. II, 16. — fr. 7, 14, 21, D. XXVIII, 6.

[12] Fr. 2, pr.; fr. 41, § 2, D. ibid.

[13] Cpr. Cicéron, *De oratore*, I, 39, 57.

[14] Th. Papillonius, *De substitutionibus*, dans Otto, *Thesaur.* t. IV, p. 757. — J. G. Bauer, *Diss. de substitut. militari*; dans ses *Opusc.* t. I, n° 5.

[15] Fr. 15, § 4, D. XXIX, 1. — Const. 8, C. VI, 26, et sur ce passage : A. Roigersius, *Apodicticæ demonstrationes*. Lugd.-Bat. 1727, vol. I, lib. 2.

[16] Fr. 28, D. XXIX, 1.

[17] Const. 8, C. VI, 26. — fr. 41, § 4, D. XXIX, 1. — C. G. Schweitzer, *De subst. vulgari tacita*. Jenæ, 1814, p. 19, est d'une opinion contraire.

[18] Fr. 2, § 1, D. XXVIII, 6. — fr. 13, § 5; fr. 41, § 5, D. XXIX, 1.

tacitement comprise dans la substitution pupillaire [1].

§ 695. D. *De la substitution quasi-pupillaire.*

Par analogie à la substitution pupillaire, Justinien introduisit une autre espèce de substitution, en donnant aux ascendants d'un enfant furieux ou fou, le droit de lui nommer un héritier pour le cas où il viendrait à mourir en état de démence, parce que l'enfant ne peut tester lui-même tant que sa démence continue. Cette espèce de substitution, Justinien l'appelle *substitutio ad exemplum pupillaris;* aujourd'hui, on la nomme *substitutio quasi pupillaris s. exemplaris s. Justinianea* [2].

1. Tout ascendant de l'enfant en état de démence a le droit de substituer de cette manière, sans distinction de sexe ni de degré, sans égard à la puissance paternelle, pourvu que l'enfant en démence soit son héritier *ab intestat* [3].

2. Cette espèce de substitution ne peut s'appliquer qu'aux descendants dont l'état de démence est continu (qui *perpetuo* mente capti sunt), et nullement à ceux qui ont des moments lucides [4].

3. Le droit conféré aux ascendants de substituer à leurs descendants en état de démence, n'étant autre chose que le droit de faire un testament pour eux, il s'ensuit que tout ascendant qui veut user de ce droit, peut non-seulement tester de ses propres biens qu'il laisse au fou, mais également des biens de ce dernier lui-même. Lorsque plusieurs ascendants substituent quasi-pupillairement, chacun à part, à leur descendant en démence, les substitués prendront respectivement les biens laissés par l'ascendant au descendant; et quant aux biens propres de ce dernier, les substitués seront à considérer comme cohéritiers [5].

4. L'ascendant qui veut user de ce droit, doit laisser au descendant en démence, au moins la légitime [6]. Il s'ensuit nécessairement qu'on ne peut substituer quasi pupillairement au descendant en démence exhérédé par suite d'un légitime motif, mais il ne résulte nullement de là que l'ascendant substituant doive nécessairement aussi faire son propre testament; il peut décéder *ab intestat* et ne faire de testament que pour le descendant en démence; mais s'il voulait seulement lui laisser sa légitime, il serait naturellement obligé de faire un testament, parce que le descendant devrait être *institué* pour la légitime [7].

5. Lorsque le descendant en état de démence a lui-même des descendants, le testateur est tenu d'en substituer un, ou quelques-uns, ou tous, et ne peut faire de substitution en faveur d'un étranger; si le descendant en démence n'a pas lui-même de descendants, le testateur est tenu de substituer un, ou quelques-uns, ou tous les frères et sœurs, descendants de lui comme le fou lui-même; enfin, à défaut de frères et sœurs, il peut substituer un étranger (*extraneum*); il a également ce droit lorsque les descendants ou les frères et sœurs de fou sont eux-mêmes en état de démence.

6. La substitution s'éteint dès que le descendant en démence récupère l'esprit, lorsqu'il meurt avant le testateur, ou lorsque le substitué décède avant lui [8].

---

[1] Const. 8, C. VI, 26.

[2] Const. 9, C. VI, 26. — § 1, J. II, 16. — Doneau, *Comm juris civilis,* VI, 27. — Giphanius, *Explanatio Cod. ad h. tit.* t. II, p. 56. — Madibn, *Vicissitudines substitutionis exemplaris.* Halæ, 1775.

[3] C'est ce qui résulte des mots de la const. 9, citée : « — *liceat parentibus legitima portione et vel eis relicta, etc.* »

[4] Il s'ensuit que si l'aliéné a déjà fait un testament valable, avant de tomber en démence, il ne peut recevoir de substitution quasi-pupillaire. § 1, J. II, 12. — Ce n'est qu'aux descendants *aliénés* que l'on peut substituer de cette manière, et nullement à ceux qui, pour d'autres motifs, sont incapables de tester; par exemple, aux prodigues. — Voet, *Comm. ad Pand.* VIII, § 6, 27, est d'un avis contraire.

[5] Cependant les opinions sont très-divisées sur ce point. *V.* Thibaut, *System,* § 703. — Mühlenbruch, *Doctr. Pand.* t. III, § 675.

[6] Const. 9, C. VI, 36 : « — liceat parentibus legitima portione ei vel eis relicta, etc. »

[7] En admettant même que, d'après la const. 9, la légitime pût être laissée d'une manière quelconque, l'*institution* d'un légitimaire en démence est néanmoins requise d'après la disposition de la Nov. 115, ch. 3.

[8] Plusieurs auteurs admettent, par arg. du fr. 43, pr. D. XXVIII, 6, que la substitution s'éteint également, lorsque par la suite il survient un légitimaire au descendant en démence.

TITRE IV.

DE L'INFIRMATION DES TESTAMENTS.

§ 696. *Coup d'œil en général.*

Un testament est considéré comme valable, jusqu'à ce qu'une cause le fasse envisager comme infirmé dès l'origine, ou l'ait rendu tel par la suite [1].

§ 697. I. *Des testaments infirmés dès l'origine.*

Les causes suivantes infirment les testaments dès leur origine :

1. Lorsque la forme extérieure n'a point été observée ; un pareil testament est injuste, irrégulièrement, illégalement fait (*testamentum injustum s. non jure factum*) [2].

2. Lorsque le contenu essentiel en est vicié ; par exemple, l'institution d'héritier et les droits des légitimaires, l'incapacité du testateur au moment où il a fait le testament ; un tel testament est nul et de nul effet (*testamentum nullum s. nullius momenti*) [3].

Les testaments injustes et nuls sont invalides dans tout leur contenu [4], et ne peuvent jamais devenir valables en droit civil, lors même que la cause de nullité disparaît par la suite, d'après le principe connu : *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* [5]. Ainsi, lorsqu'un testament est nul, parce qu'il ne renferme pas d'institution d'héritier ou l'exhérédation d'un légitimaire [6], et que celui-ci décède du vivant du testateur, le testament reste nul en droit civil, mais le préteur le laisse subsister en donnant à l'héritier institué la *bon. pos. secundum tabulas* [7].

§ 698. II. *Des testaments infirmés par la suite.*

A. Testamentum irritum.

Un testament valable dans l'origine peut devenir invalide par la suite par différentes causes :

A. Lorsque le testateur subit une diminution de tête. Le testament devient par là *inutile, irritum;* il est et reste pour tout son contenu invalide en droit civil [8]. Mais si le testateur récupère, avant sa mort, l'état (*statum*) que la diminution de tête lui avait fait perdre, le préteur maintient le testament et donne aux héritiers qui y sont institués la *bon. poss. secundum tabulas* [9]. Néanmoins, si le testament est devenu inutile par une petite diminution de tête du testateur, il n'est maintenu lorsque celui-ci redevient *sui juris*, que dans le cas où il déclare, dans un codicille ou dans un autre acte, que son testament doit conserver ses effets [10].

§ 699. B. Testamentum destitutum.

B. Lorsque l'héritier institué dans le testament ne veut ou ne peut accepter cette qualité, soit qu'il devienne incapable depuis l'institution, soit que la condition à laquelle l'institution est subordonnée ne s'accomplisse pas, le testament est *destitué, destitutum;* mais il faut qu'il n'y ait ni cohéritier, ni substitué qui prenne la place du défaillant : un pareil testament avait pour conséquence, dans l'ancien droit, d'être infirmé pour tout son contenu [11]. Mais il n'est pas loisible à l'héritier

---

[1] Gajus, II, 138-151. — Ulp. tit. XXIII. — Inst. II, 17. — Dig. XXVIII, 3. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VI, 16.

[2] Gajus, II, 115. — Pr. J. II, 13. — Fr. 1, D. XXVIII, 3. « Testamentum non jure factum dicitur ubi solennia juris defuerunt. »

[3] Gajus, II, 114, 116, 123. — § 4, J. II, 19. — Pr. J. II, 13. — Fr. 1, D. ibid. On le nomme aussi *injustum*, p. ex. fr. 3, § 3, D. ibid.

[4] Fr. 17, D. XXVIII, 1. — Const. 12, C. VI, 23. — Const. 29, C. VI, 42.

[5] Fr. 29, 201, 210, D. L, 17.

[6] Pr. J. II, 13. Cette cause n'infirme pas le testament d'un soldat, parce qu'il n'est pas tenu aux règles de l'institution d'héritier et de l'exclusion des légitimaires. Const. ult. C. III, 28. — Cpr. Nov. 123, ch. 19. — fr. 37, § 2, D. XXIX, 1. — *V*. plus haut, le § 678, note 2. Mais le soldat doit avoir connu l'existence des légitimaires, fr. 7, D. ibid. — Const. 10, C. VI, 21.

[7] Gajus, II, 123. — fr. 12, pr. D. XXVIII, 3. — Koch, *Bonorum possessio*, p. 311, 328, 347, 438, 440, et Hugo, sur cet ouvrage, dans les *Gœtt. gel. Anz.* 1799, p. 189. — Valett, *Pandectenrecht*, § 1008.

[8] Ulpien, XXIII, 4, 5. — Gajus, II, 145, 146. — § 4, 5, J. II, 17. — fr. 6, § 5, D. XXVIII, 3. — Const. 29, C. VI, 42.

[9] § 6, J. ibid. — fr. 12, pr. D. XXVIII, 3.

[10] Fr. 11, § 2, D. XXXVII, 11.

[11] Fr. 181, D. L, 17. « Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur. » — Pr. § 7, J. III, 1. — fr. 9, D. XXVI, 2. — C. F. Zepernick, *Diss. I, II, de testamenti destituti viribus.* Halæ, 1773, 74.

ab intestat institué dans le testament de refuser la succession *ex testamento*, et de l'accepter *ab intestato* dans le but d'annuler les legs, à moins que le testateur ne lui ait expressément accordé cette faculté [1]. Il faut également admettre, d'après les nouvelles dispositions de Justinien en matière de fidéicommis et de legs, qu'un testament ne peut plus devenir destitué par la répudiation de l'héritier institué, au préjudice des légataires et des fidéicommissaires [2].

§ 700. C. Testamentum ruptum.

1. *Par un héritier légitimaire.*

C. Lorsque le testament est *rompu*, *ruptum*, et il peut l'être de deux manières différentes :

1° Lorsque après la confection du testament, il survient au testateur un héritier légitimaire, dont le testament ne fait pas mention ou du moins pas une mention suffisante (*testamentum ruptum per agnationem postumi*) ; cet héritier légitimaire peut d'ailleurs survenir, soit par légitime naissance, soit par légitimation, soit par adoption, ou parce que quelqu'un qui n'était jusqu'ici que médiatement sous la puissance paternelle du testateur, passe directement sous son pouvoir [3]. Dans l'ancien droit, cette rupture de testament l'infirmait pour tout son contenu [4] ; mais en droit nouveau, il faut admettre qu'il n'est rompu que quant à l'institution d'héritier pour cause de non-exclusion formelle du posthume [5]. Le testament rompu par la survenance d'un enfant posthume, reste pour toujours invalide en droit civil, même lorsque le posthume meurt avant le testateur, ou lorsqu'il cesse d'être son légitimaire. Néanmoins, dans ce cas, le préteur accorde à l'héritier institué la *bonorum poss. secundum tabulas* [6].

§ 701. 2. *Par un changement de volonté du testateur.*

2° Le testament est encore rompu, lorsque le testateur change de volonté, ce qui lui est toujours loisible : *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum* [7]. Le testateur peut changer de volonté.

a) En révoquant le testament, sans l'anéantir, ou sans en faire un nouveau. Mais cette simple révocation n'a d'effet que lorsqu'elle est faite devant trois témoins ou devant la justice, et qu'un espace de 10 ans s'est écoulé depuis la confection du testament [8].

b) En détruisant son testament avec intention ; mais il ne rend nulle de cette manière que la partie qu'il détruit ou efface [9].

c) En faisant un nouveau testament [10] ; celui-ci annule le premier de plein droit, lors même que le testateur n'en ferait aucune mention expresse [11], mais il faut que le second testament soit valable [12] ; et si, dans la suite, le testateur l'annule dans l'intention de faire maintenir le premier, celui-ci reste cependant nul d'après la rigueur du droit civil, mais le préteur accorde à l'héritier qui y est institué la *bon. poss. secundum tabulas* [13].

§ 702. D. Testamentum rescissum.

D. Enfin, le testament est *rescindé*, *rescissum*, lorsqu'il est attaqué au moyen de l'action de testament inofficieux et déclaré nul par dis-

[1] Fr. 1, pr. ; fr. 6, § 1, 3, D. XXIX, 4. — Code, VI, 39.

[2] § 7, J. II, 23. — Const. 2, C. VI, 43. — Const. 7, § 1, C. VI, 49. — Surtout : Nov. 1, ch. 1, ch. 2, § 2.

[3] Gajus, II, 138-143, et Gans, *Scolien* sur ces §§, p. 296. — Ulpien, XXIII, 2, 3. — § 1, J. II, 17. — § 1, 2, J. II, 13. — § 2, J. III, 1. — fr. 29, D. XXVIII, 2. — fr. 3, § 3, D. XXVIII, 3. — Const. 4, C. VI, 29. Le testament d'un soldat n'est pas rompu par la survenance d'un posthume. fr. 7, 8, D. XXIX, 1.

[4] § 1, J. II, 13.

[5] Nov. 115, ch. 3.

[6] Fr. 12, pr. D. XXVIII, 3.

[7] Fr. 4, D. XXXIV, 4. — P. Greve, *Diss. de mutatione et revocatione testamenti tam quoad modum quam quoad effectum*. Gœtt. 1789.

[8] Const. 6, C. Th. 4, cpr. avec la const. 27, C. VI, 23, et le § 7, J. II, 17.

[9] Dig. XXVIII, 4. — Const. 30, C. VI, 23. — Quant au testament anéanti par hasard ou perdu, c. fr. 1, § 3, D. ibid. — fr. 1, § 3, 7, D. XXXVII, 2. — fr. un. D. XXXVII, 2. — Const. 11, C. VI, 23.

[10] Gajus, II, 144. — § 2, J. II, 17. — fr. 2, D. XXVIII, 3. — Si le testateur a déclaré dans le second testament que le premier devait également être maintenu, il reste valable comme fidéicommis. § 3, J. II, 17. — fr. 12, § 1, D. XXVIII, 3.

[11] A l'exception du soldat, *qui cum pluribus testamentis decedere potest* ; les héritiers institués dans plusieurs testaments doivent, dans ce cas, être considérés comme cohéritiers. fr. 19, pr. D. XXIX, 1.

[12] Gajus, II, 144. — § 7, J. II, 17. — fr. 2, D. XXVIII, 3. — Const. 21, § 3, C. VI, 23. A moins que, dans un testament antérieur parfait, l'on n'ait exclu les héritiers *ab intestat*, et qu'on les ait institués dans un testament postérieur, mais incomplet d'après sa forme extérieure ; dans ce cas, le second testament est maintenu, non comme testament, mais comme *ultima voluntas intestati*, et le premier testament est annulé, si cinq témoins en déposent sous serment. Const. 21, § 3 cit. — A. F. Scholl, *Diss. ad orationem Pertinacis de test. post. imperf. prius perfectum haud infirmante*. Lips. 1765.

[13] Fr. 11, § 2, D. XXXVII, 11.

position judiciaire [1]. Nous en avons déjà parlé aux §§ 686-690.

§ 703. *Effet général de l'infirmation des testaments.*

Dans tous les cas où un testament est invalide dans l'origine ou infirmé par la suite, la succession est en général déférée *ab intestat* [2], pourvu que le testament ne soit pas maintenu au moyen de la *bon. poss. secundum tabulas.* Néanmoins, dans un testament inofficieux, la succession peut être en partie testamentaire, en partie *ab intestat,* lorsqu'il n'est rescindé qu'en partie (§ 689).

SECTION III.

DE L'ACQUISITION DE LA SUCCESSION [3].

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ACQUISITION EN GÉNÉRAL.

§ 704. *Des espèces d'acquisition.*

Toute acquisition de succession présuppose qu'elle a été déférée (§ 636) [4]. Mais lorsque la délation de la succession a eu lieu, soit par testament, soit *ab intestat,* il y a, quant à son acquisition, une distinction à faire :

1. Lorsqu'elle a été déférée d'après le droit civil (*hereditas,* dans le sens restreint, § 639), il est certaines personnes qui ne peuvent se dispenser d'en faire acquisition, c'est-à-dire qu'elles doivent nécessairement devenir héritiers; elles ont cette qualité de plein droit (*ipso jure*), au moment de la délation, et lors même qu'elles l'ignorent. D'autres personnes, au contraire, sont libres d'acquérir ou de refuser, et n'acquièrent en réalité qu'en faisant une déclaration de volonté expresse ou tacite [5].

2. Le droit de succession prétorien (*bonorum possessio*) ne s'acquiert jamais de plein droit, mais seulement par l'*agnitio bonorum possessionis* faite auprès du préteur, et les personnes même qui héritent de plein droit en droit civil, doivent demander la *bon. poss.* si elles veulent profiter de ses avantages (§ 639) [6].

§ 705. I. *De l'acquisition nécessaire d'après le droit civil* [7].

Le droit romain range au nombre des personnes qui doivent nécessairement acquérir une succession déférée d'après le droit civil, et qui l'acquièrent par conséquent de plein droit, au moment même de la délation, les suivantes :

1° Les esclaves du défunt, lorsqu'ils sont institués héritiers en recevant leur liberté. Ils s'appellent *necessarii heredes* et deviennent de plein droit libres et héritiers au moment même de la mort de leur maître; la qualité d'héritier nécessaire résulte donc de l'acquisition simultanée de l'hérédité et de la liberté, faite par

[1] Nov. 115, ch. 3 à la fin; ch. 4 à la fin.

[2] Pr. J. III, 1. — § 6, J. III, 2.

[3] Sources : Gajus, II, 152-173. — Ulpien, XXII, 24-34. — Inst. II, 10. — Dig. XXIX, 2. — Code, VI, 30.

Bibliographie : Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 1-13. — J. Einestres et de Monsalvo, *Præl ad tit. Dig. de acquirenda vel omittenda hereditate.* In Præl. Cervar. p. 226. — C. C. Westphal., *System. Comm. über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente, Annahme und Ablehnung der Erbschaft, der Rechten und Pflichten der Erben,* etc., ou *Comm. syst. sur les lois de production et d'ouverture des testaments, d'acceptation et de répudiation de la succession, des droits et devoirs de l'héritier, et des moyens possessoires et pétitoires qui lui compétent.* Leipz. 1764.

[4] La mort de celui qui laisse la succession doit par conséquent être prouvée. fr. 19, D. XXXIX, 2. — Cependant le décès d'un absent se présume dans certaines circonstances.

[5] Inst. II, 19.

[6] Fr. 3, § 3, D. XXXVII, 1.

[7] Doneau, *Comm jur. civ.* VII, 1, 2.

l'esclave en vertu du même testament [1].

2° Les héritiers siens du défunt (*sui heredes*, qui doivent acquérir la succession en droit civil, peu importe qu'ils y soient appelés en vertu d'un testament ou *ab intestat* [2]. Pour les distinguer des esclaves, héritiers nécessaires (*servi necessarii*), on les nomme également héritiers *siens et nécessaires* (*sui et necessarii heredes*) [3]. Cependant le préteur accordait aux héritiers siens et nécessaires, mais à eux seuls, la faculté de renoncer à la succession paternelle (*potestas abstinendi*). L'héritier sien qui profite de ce bénéfice ne cesse pas d'être héritier, qualité qu'il a acquise de plein droit dès le moment de la mort de son père, *quia semel heres semper heres manet;* mais le préteur agit comme s'il n'était pas héritier [4], et cette fiction a pour effet que l'acquisition de la succession n'a plus pour lui aucune autre conséquence, et qu'elle ne lui porte ni avantage, ni préjudice. Il n'est donc tenu ni des dettes, ni des legs, mais aussi le testament n'est pas infirmé par son abstention [5]. Néanmoins, l'héritier sien ne peut user de ce droit d'abstention que pour autant qu'il ne s'est pas immiscé dans la succession et qu'il n'en a détourné aucun objet [6].

§ 706. II. *De l'acquisition volontaire par adition* [7].

Tous les autres héritiers, qui n'ont pas la qualité d'héritiers nécessaires, n'acquièrent pas de plein droit la succession qui leur est échue, mais seulement en faisant *adition*, c'est-à-dire par la déclaration qu'ils l'acceptent [8]. Mais d'un autre côté, il dépend de leur volonté d'accepter la succession ou d'y renoncer [9]. C'est ce motif qui les fait appeler *héritiers volontaires* (*heredes voluntarii*) [10], et lorsqu'on les oppose aux héritiers siens, ils prennent le nom de *extranei heredes* [11].

§ 707. A. *Notion et espèces d'adition.*

L'adition d'hérédité consiste dans la déclaration faite par l'héritier, qu'il accepte la succession qui lui est échue [12]. Cette déclaration peut être faite aussi bien expressément que tacitement.

1° Lorsqu'elle est faite expressément, elle s'appelle dans la succession du droit civil *aditio hereditatis* [13], et dans la succession prétorienne, *agnitio bonorum possessionis*. La première devait être faite par l'héritier lui-même; la se-

---

[1] Gajus, II, 153, 154. — Ulpien, XXII, 11. — § 1, J. II, 19; ce passage indique aussi le motif de l'institution de ses propres esclaves.

[2] Fr. 14, D. XXXVIII, 16. Surtout : fr. 11, D. XXVIII, 2. — Gajus, II, 157. — Ulpien, XXII, XXIV. — Ils acquièrent également la succession, lorsqu'ils sont *enfants* ou *fous* (*infantes, furiosi*), parce que leur volonté n'est pas requise. — § 2, 3, 8, J. III, 1. — Const. 7, § 2, C. V, 70. — Néanmoins, si un héritier nécessaire est institué sous la condition : *si volet*, il n'acquerra la succession qu'en déclarant sa volonté. fr. 12, D. XXVIII, 7. — fr. 86, D. XXVIII, 5.

[3] *Sui heredes*, quant à l'acquisition nécessaire de la succession, sont tous ceux qui se trouvaient sous la puissance du défunt jusqu'à son décès, sans distinguer s'ils lui étaient soumis directement ou médiatement, pourvu que, dans ce dernier cas, la succession leur ait réellement été déférée. Gajus, II, 156. — Ulpien, XXII, XXIV. — § 2, J. II, 19. — fr. 6, § 5, D. XXIX, 2. — fr. 1, § 8, D. XXXVIII, 16. — fr. 7, D. XXXVIII, 6. — Sont d'une opinion différente : F. L. A. de Lassberg, *Comm. exhib. observat. ad jus sui heredis præsertim ratione nepotis.* Jenæ, 1821. — Mühlenbruch, dans la continuation du *Comm.* de Glück, 36e part. p. 140.

[4] Fr. 12, pr. D. XI, 1. « Prætor eum, qui abstinuit, non habet heredis loco. »

[5] Gajus, II, 158-163. — Ulpien, XXII, XXIV. — fr. 57, D. XXIX, 2. — fr. 30, § 10, D. XL, 5 : « — non est sine herede, qui suum heredem habet, licet abstinentem se. » — Cpr. fr. 9, D. XXXVII, 7. — fr. 44, D. XLII, 1. — fr. 27, § 5, D. XXXVI, 1. — fr. 12, D. XXVIII, 6. — Vinnius, *Sel. quæst.* II, 23. — G. L. Bœhmer, *Electa jur. civ.* I, p. 94. — J. C. Koch, *Diss. de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis.* Giess. 1766. — Van Gœthem, *Diss. de suo herede.* Lugd. 1786.

[6] Fr. 71, § 3-8; fr. 91, D. XXIX, 2. Cependant les impubères pouvaient invoquer ce bénéfice, lors même qu'ils s'étaient immiscés dans la succession, et le pubère obtenait facilement la restitution. fr. 11, 12, 57, D. XXIX, 2, cpr. avec le § 5, J. II, 19. — Gajus, II, 163. — La preuve que l'héritier s'est immiscé dans la succession doit d'ailleurs être fournie par celui qui allègue le fait et dénie le droit d'abstention aux héritiers siens.

[7] Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 3.

[8] Cette déclaration devait toujours être faite par l'héritier lui-même dans l'*hereditas*. fr. 90, pr. D. XXIX, 2. — Const. 5, C. VI, 30. — Dans le cas de la *bon. poss.* il pouvait se faire remplacer. fr. 3, § 7, D. XXXVII, 1.

[9] § 5, J. II, 10. — J. C. Gœthe, *Electa de aditione hereditatis ex jure romano et patrio.* Giess. 1783.

[10] Fr. 13, 16, D. XXIX, 2. — fr. 3, § 3, D. XXVIII, 5. C'est ainsi qu'un héritier sien et nécessaire, institué sous la condition *si volet*, devenait héritier volontaire. fr. 86, D. ibid. — fr. 12, D. XXVIII, 7.

[11] Gajus, II, 161. — § 5, J. II, 19, cpr. avec le § 26, J. II, 20. — § 7, J. III, 1.

[12] Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 8, 9.

[13] Fr. 45, pr. D. XXIX, 2. — fr. 95, § 2, D. XXVI, 3. — Sur l'ancienne *cretio* qui fut abolie par Théodose, dans la const. 17, C. VI, 30, v. : Gajus, II, 164-178. — Ulpien, XXII, § 25-34. — Hugo, *Rechtsg.* p. 566 et suiv. — Schweppe, *Rechtsg.* § 454.

conde pouvait l'être par un fondé de pouvoir [1].

2° La déclaration est tacite, lorsque l'héritier fait des actes qui supposent nécessairement son intention d'accepter la succession et d'être héritier. L'adition tacite d'hérédité prend alors le nom de *gestio pro herede* [2]. D'un autre côté, la renonciation à la succession, faite d'une manière expresse, s'appelle *repudiatio*, et celle qui est faite tacitement, surtout lorsque pendant un certain espace de temps l'héritier n'use pas de son droit, se nomme *omissio hereditatis* [3]. Du reste, l'héritier qui veut faire adition de la succession, doit l'accepter telle qu'elle lui a été déférée et il ne lui est pas loisible de ne l'accepter que sous condition ou en partie [4]. Dès qu'il l'a refusée, il ne peut plus faire acte d'adition [5].

§ 708. B. *Qui peut accepter et renoncer* [6]?

Pour pouvoir accepter ou refuser une succession, il faut que celui à qui elle est déférée soit une personne indépendante et qu'il jouisse, à l'époque de l'adition ou de la renonciation, de l'usage de ses facultés et du droit de disposer librement de ses biens.

1. Dans l'ancien droit, le fils de famille ne pouvait par conséquent accepter ou refuser une succession qui lui était déférée, que sur l'ordre de son père de famille [7], qui l'acquérait dès que le fils de famille l'avait acceptée [8]. Il en était de même lorsque le testateur avait institué l'esclave d'autrui; celui-ci ne pouvait faire adition d'hérédité que sur l'ordre de son maître (*jussu domini*) pour lequel il acquérait [9]. En droit nouveau, le consentement du fils et du père est, en général, nécessaire pour l'acceptation comme pour la renonciation [10]; mais le père qui donne son consentement à l'acceptation, n'acquiert plus que l'usufruit des biens que le fils a hérités, tandis que la nue propriété en revient à celui-ci [11]. Cependant cette règle a été précisée et modifiée de la manière suivante :

a) Lorsque le fils de famille est encore dans l'âge de l'enfance ou en état d'absence à l'époque de la délation, le père peut, il est vrai, accepter ou refuser à lui seul la succession [12], mais le fils a le droit, dans l'un et dans l'autre cas, de demander d'être restitué contre l'acceptation ou la renonciation paternelle; la loi lui donne ce droit dans un âge plus avancé, peu importe qu'il soit encore ou non sous la puissance paternelle. Lorsque le fils de famille est restitué contre l'acceptation du père, toutes les charges de la succession tombent sur ce dernier; lorsqu'au contraire il est restitué contre la renonciation du père, il supporte lui-même les charges de l'hérédité, et le père n'a plus le droit d'en exiger l'usufruit [13]. Si le fils vient à décéder dans l'âge de l'enfance, avant que le père ait fait sa déclaration, celui-ci conserve toujours la faculté d'accepter pour lui-même [14]; c'est-ce que les modernes appellent *transmissio ex capite infantiæ*.

b) Lorsque le fils de famille est sorti de l'enfance (*infantia major*) à l'époque de la délation et refuse d'accepter la succession, le père peut en faire adition pour lui-même, à ses risques et périls, et sans que le fils puisse faire valoir le moindre droit; lorsqu'au contraire le père refuse de consentir à l'acceptation, le fils peut faire adition d'hérédité pour lui-même et le père n'en acquiert pas l'usufruit; néanmoins, le fils mineur doit, dans ce cas, demander un curateur pour administrer la succession [15].

2. Un pupille ne peut accepter ou refuser une succession qu'avec l'autorisation de son tuteur [16].

a) S'il est encore dans l'âge de l'enfance, le tuteur peut accepter pour lui; si le pupille enfant n'a pas de tuteur, ou si le tuteur néglige de faire adition et que le pupille décède dans l'âge d'enfance, la succession revient à celui qui aurait hérité si le pupille n'avait pas existé [17].

b) Lorsqu'au contraire le pupille est sorti de l'enfance (*infantia major*), il doit accepter par lui-même, et le tuteur interpose à cet effet son autorisation. Mais s'il n'a pas de tuteur, il

[1] Fr. 90, pr. D. XXIX, 2. — Const. 5, C. VI, 30, — fr. 5, § 7, D. XXXVII, 1.
[2] § 7, J. II, 19. — fr. 20, 88, D. XXIX, 2. — Const. 2, C. VI, 30.
[3] Fr. 95, D. XXIX, 2. — fr. 1, § 4, D. XXXVI, 4. — Code, VI, 31.
[4] Fr. 1; fr. 2; fr. 51, § 2; fr. 52, § 1; fr. 53, D. XXIX, 2. — G. G. L. Bechtold, *Diss. de hereditatis aditione conditionata*, Giess. 1784.
[5] Gajus, II, 169. — Ulpien, XXII, XXIX. — § 7, J. II, 19.
[6] Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 4-7.
[7] Fr. 6, pr. § 1-4; fr. 8, § 1; fr. 13, § 3; fr. 36, D. XXIX, 2.
[8] § 1, J. II, 9. —Cpr. plus haut, le § 191, note 10.
[9] § 3, J. ibid.
[10] Const. 4; const. 18, § 4, C. VI, 30.
[11] Const, 6; const. 8, § 3, C. VI, 61.
[12] Const. 3, C. VI, 9. — Const. 18, pr. C. VI, 30.
[13] Const. 8, § 6, C. VI, 61.
[14] Const. 18, § 1, C. VI, 30.
[15] Const. 8, pr. § 1, 2, 3, C. IV, 61.
[16] Fr. 9, § 3, D. XXVI, 8. —fr. 9, 49, D. XXIX, 2.
[17] Const. 18, § 2, 3, C. VI, 30.

peut se faire autoriser par le magistrat [1].

3. Il n'y a pas de doute qu'en droit romain un mineur pubère puisse, à lui seul, accepter une succession, sans que le consentement du curateur soit requis [2]. Il en est de même du prodigue, du moins lorsque l'adition lui est profitable [3].

4. Lorsqu'une succession est déférée à un furieux, il faut distinguer :

a) Si c'est la succession paternelle qui lui est déférée comme héritier sien, il l'acquiert nécessairement, puisque sa volonté ne doit pas intervenir [4].

b) Dans tout autre cas, où une succession lui est déférée comme héritier volontaire, ni lui-même, ni son père, ni son curateur ne peut l'accepter [5]. D'après les dispositions du droit nouveau, le père et le curateur doivent demander une *bon. poss.* provisoire et administrer la succession comme tous les autres biens de l'aliéné [6], qui est tenu, dès qu'il récupère ses facultés, de déclarer sa volonté, en acceptant ou refusant la succession. Mais s'il décède en état d'aliénation mentale ou si, après sa guérison, il ne fait aucune déclaration de volonté [7], ou s'il refuse expressément la succession, celui qui l'a administrée est tenu de la restituer à ceux qui sont les plus proches héritiers après l'aliéné qui n'accepte pas [8].

§ 709. C. *De l'hérédité vacante.*

Aussi longtemps qu'un héritier volontaire ne s'est déclaré ni expressément ni tacitement sur l'acceptation ou la renonciation d'une succession, elle est appelée *hereditas jacens*, et par une fiction de droit, elle représente le défunt : *hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet* [9]. Il s'ensuit qu'elle est capable d'acquérir, mais il faut que l'acquisition ne requière pas un fait déterminé de la part de l'acquéreur, par exemple, une possession [10]. Elle est administrée par un curateur [11]. Cette fiction de la loi cesse dès que l'héritier fait adition de l'hérédité ; mais il est regardé comme s'il l'avait acceptée au moment même de la mort du défunt [12].

§ 710. D. *Des causes d'indignité en matière de successions et de legs* [13].

Il existe plusieurs cas dans lesquels la loi refuse à l'héritier ou au légataire la part qui lui revient, à cause de son indignité. Dans ces cas, que l'on appelle *cas d'indignité*, la loi dit : *heres vel legatarius capere non potest*, ou bien *ei eripitur*. L'*ereptitium* est tantôt donné au fisc, tantôt à d'autres personnes [14], et l'action au moyen de laquelle elles poursuivent leur droit sur une succession déférée à une personne indigne, est la *pétition d'hérédité* (*hereditatis petitio*).

1. Parmi ces cas, il en est qui sont communs aux successions et aux legs.

A. L'héritier ou le légataire est déclaré indigne *au profit du fisc :*

1. S'il a tué le défunt ou s'il a attenté à ses jours [15].

2. Si, ayant attaqué le testament comme inofficieux ou falsifié, il a été débouté de son action [16].

3. S'il s'est secrètement chargé de remettre des biens à des personnes déclarées incapables, *fideicommissum tacitum* [17].

4. Si, par contrainte ou par dol, il a détourné le défunt de faire une disposition de

[1] Const. 5, 18, § 4, C. VI, 30. — Const. 7, C. VI, 9.

[2] Const. 12, C. VI, 30. — Code, II, 39 et 40.

[3] Fr. 5, § 1, D. XXIX, 2, cpr. avec le fr. 6, D. XLV, 1.

[4] § 3, J. III, 1. — fr. 63, D. XXIX, 2. — Const. 7, § 2, C. V, 70.

[5] Arg. fr. 40, D. L, 17 combiné avec le fr. 90, pr. D. XXIX, 2.

[6] Dig. XXXVII, 3. — Const. 7, § 3, C. V, 70.

[7] On dit ordinairement que, dans ce cas, la succession est irrévocablement acquise à l'aliéné, mais les lois se taisent à cet égard.

[8] Const. 7, § 8, 9, C. V, 70. — G. B. Beemann, *Diss. de acquisitione hereditatis dementi delatæ*. Gœtt. 1772. — C. G. C. Rotermund, *Diss. de successione furioso delata*. Gœtt. 1823.

[9] Fr. 34, D. XLI, 1. — § 2, J. II, 14. — pr. J. III, 17 (18). — fr. 31, § 1, D. XXVIII, 5. — fr. 13, § 5, D. XLIII, 23. — fr. 1, pr. D. I, 8.

[10] Fr. 61, pr. D. XLI, 1. — fr. 31, § 5; fr. 40; fr. 44, § 3, D. XLI, 3. — fr. 1, § 15, D. XLVII, 4.

[11] Fr. 1, § 4 in fine, D. L, 4. — fr. 22, § 1, D. XLII, 5.

[12] Fr. 54, D. XXIX, 2. — fr. 138, pr.; fr. 193, D. L, 17. — fr. 24, D. XLVI, 2.

[13] Dig. XXXIV, 9. — Code VI, 35. — Zimmern, *Grundriss des Erbrechts*, dans l'appendice, p. 78. — Rosshirt, *Erbrecht*, § 7.

[14] Fr. 15, pr. D. XXIX, 5. — fr. 2, § 1; fr. 13; fr. 16, D. XXXIV, 9. — Const. 4, C. VI, 35.

[15] Fr. 3, D. XXXIV, 9. — fr. 7, § 4, D. XLVIII, 20. — Const. 10, C. VI, 35. — C. F. Koch, *De bonis hereditatis heredi occisori tanquam indigno eripiendis*. Lips. 1778.

[16] Fr. 8, § 14; fr. 22, § 2, 3, D. V, 2. — fr. 5, § 1, 3, 5, 6, 16, D. XXXIV, 9. — fr. 13, § 9; fr. 29, § 1, D. XLIX, 14.

[17] Fr. 10, D. XXXIV, 9. — fr. 3, § 4, D. XLIX, 14, — fr. 103, D. XXX.

dernière volonté ou de modifier celle qu'il avait faite ; dans ce cas, la succession et le legs sont non-seulement retirés à celui qui a exercé la contrainte ou le dol, mais également au tiers qui en a profité [1].

5. Si un tuteur épouse sa pupille, nonobstant la défense de la loi, le fisc s'empare des biens qu'elle lui laisse [2].

6. Si un mariage prohibé par la loi à cause d'adultère ou d'inceste a existé entre le défunt et l'héritier ou le légataire [3].

7. Si l'héritier ou le légataire a contesté au défunt son *status* [4].

8. S'il a négligé d'exécuter les dispositions de dernière volonté dont il était chargé, pourvu qu'il n'existe pas d'autres personnes préférées au fisc [5].

9. Enfin, la loi prononce la confiscation de tous les biens laissés à des femmes de vie honteuse ; néanmoins certains parents sont également, dans ce cas, préférés au fisc [6].

B. L'héritier ou le légataire est déclaré indigne *en faveur d'autres personnes :*

1. S'il refuse de se charger d'une éducation qui lui avait été imposée par disposition de dernière volonté du défunt ; les biens qu'il aurait reçus reviennent aux cohéritiers, aux substitués, aux héritiers *ab intestat,* et pour les legs, à celui qui est chargé de les acquitter [7].

2. Le même principe s'applique à l'héritier ou au légataire qui néglige l'enterrement qui lui avait été imposé [8].

3. Si l'héritier ou le légataire présente une excuse qui le dispense de la tutelle dont il avait été chargé, la succession passe aux substitués, aux cohéritiers ou aux héritiers *ab intestat,* et le legs au pupille [9].

4. Si le légataire ou l'héritier n'exécute pas les charges qui lui étaient imposées, sa portion est partagée entre les autres personnes honorées dans le testament et, à leur défaut, elle revient aux héritiers *ab intestat* [10].

II. Il est d'autres cas qui ne regardent que les successions.

A. Le *fisc* prend les biens :

1. Lorsque l'héritier néglige de dénoncer à la justice et de poursuivre le meurtre du défunt [11].

2. Lorsque, pendant la vie du défunt, il a fait des conventions sur la succession future de ce dernier et sans son consentement [12].

3. Lorsque le testateur a rayé avec intention le nom de l'héritier, ou révoqué son premier testament par un second, nul à cause de l'institution d'une personne incapable [13].

4. Lorsque l'héritier a caché ou détourné, au préjudice des légataires, des choses appartenant à la succession ; le fisc prend, à sa place, la portion déterminée par la loi Falcidie [14].

B. L'héritier *ab intestat* est déclaré indigne en faveur *d'autres personnes :*

1. Lorsqu'il néglige le devoir qui lui est imposé de faire nommer un tuteur à un pupille [15].

2. Lorsque les enfants ou parents ont laissé mourir, en captivité ennemie, le défunt dont ils auraient hérité, l'église de son lieu de naissance prend ses biens [16].

3. Celui qui donne des soins à un aliéné prend la place des héritiers, lorsque, sollicités par lui, ils ont refusé de se charger de la personne du défunt [17].

III. Enfin, il est des cas qui ne s'appliquent qu'aux legs. Les légataires sont déclarés incapables en faveur de celui qui est chargé d'acquitter le legs :

1. Lorsqu'ils détournent la chose léguée [18].

2. Lorsqu'ils ont caché le testament par mauvaise foi [19].

Justinien a formellement confirmé tous ces cas d'indignité [20].

---

[1] Fr. 1, pr. § 2 ; fr. 2, pr. D. XXIX, 6. — fr. 19, D. XXXIV, 9. — Const. 1, 2, C. VI, 34.

[2] Fr. 2, § 1, 2. D XXXIV, 9.

[3] Fr. 13, D XXXIV, 9. — Const. 4, C. V, 5.

[4] Fr. 9, § 2. D. XXXIV, 9.

[5] Nov. 1. ch. 1, 4.

[6] Fr. 13, 14, D. XXXIV. 9. — fr. 41, § 1, D. XXIX, 1. — Const. 3, C. Th. II, 19.

[7] Fr. 1, § 3, D. XXVII, 2.

[8] Fr. 12, § 4. D. XI, 7.

[9] Fr. 28, § 1, D. XXVII, 1. — fr. 5, § 2, D. XXXIV, 9.

[10] Nov. 1, ch. 1, 4.

[11] D'après le sénatusconsulte Silanien. fr. 9 ; fr. 15, § 2, D. XXIX, 5. — Const. 1, 5-10, C. VI, 35. — H. Collot d'Escury, *Diss. ad tit. Dig. de Scto Silaniano et Claudiano.* Lugd.-Bat. 1827.

[12] Fr. 2 in fine, D. XXXIV, 9. — Const. 30, C. II, 3.

[13] Fr. 12 ; fr. 16, § 2, D. XXXIV, 9. — Const. 4, C. VI, 35.

[14] Fr. 6, D. XXXIV, 9.

[15] *V.* plus haut, le § 607, note 11.

[16] Nov. 115, ch. 3, § 13 ; ch. 4, § 17.

[17] Nov. 115, ch. 3, § 12. — *V.* le § 634. Ordinairement, on range également parmi les cas d'indignité de cette espèce, celui où des frères et sœurs ont attenté à la vie du défunt, ou l'ont criminellement accusé, ou ont cherché à lui enlever ses biens ; ils sont exclus et leur portion est partagée entre les autres frères et sœurs. Nov 22, ch. 47.

[18] Fr. 48, D. XXXVI, 1. — Const. 5, C. VI, 37.

[19] Const. 25, C. VI, 37.

[20] Const. un. § 12, C. VI, 51

CHAPITRE II.

DES EFFETS DE L'ACQUISITION D'UNE SUCCESSION.

§ 711. I. *Généralités.*

A. *De la représentation du défunt.*

L'acquisition d'une succession a en général pour effet que l'héritier, eu égard aux biens du défunt, est considéré avec ce dernier comme une seule et même personne. Il s'ensuit :

1. Que les biens du défunt et ceux de l'héritier sont regardés comme un seul patrimoine (*confusio bonorum heredis et defuncti*) [1] ; l'héritier remplace le défunt dans toutes ses créances comme dans toutes ses dettes, à l'exception des droits et obligations essentiellement personnels [2] ; il est donc tenu de toutes les dettes, lors même que la succession ne serait pas suffisante [3].

2. Qu'il est obligé de reconnaître obligatoires pour lui, tous les actes qui ont trait aux biens du défunt [4].

3. Enfin, qu'il est tenu de remplir les dispositions de dernière volonté que le défunt lui a imposées, d'acquitter les legs et les fidéicommis dont il l'a chargé, mais seulement jusqu'à concurrence du montant de la succession, déduction faite des dettes [5]. Le droit romain considère comme une obligation *quasi ex contractu*, ce devoir de l'héritier envers les légataires et les fidéicommissaires [6].

§ 712. B. *Modifications de ces effets.*

L'acquisition d'une succession dont le passif excède l'actif, pouvant facilement causer du préjudice à l'héritier, la loi lui accorde deux moyens d'éviter ce danger : le *droit de délibérer* (*jus deliberandi*) et le *bénéfice d'inventaire* (*beneficium inventarii*). Tout héritier peut invoquer ces deux bienfaits de la loi, qu'il soit héritier sien ou volontaire [7], et il dépend de lui d'accepter ou de refuser la succession purement et simplement, ou en se réservant le droit de délibérer, ou sous bénéfice d'inventaire [8] ; néanmoins, les conséquences et les effets de ces deux espèces d'acceptation sont très-différents.

§ 713. 1. *Du droit de délibérer.*

On entend par droit de délibérer (*jus deliberandi*), le droit de l'héritier d'examiner les forces de la succession et de décider si ses intérêts exigent qu'il l'accepte ou la refuse, et de se garantir ainsi de toute précipitation [9]. On peut lui appliquer les principes suivants :

1. Lorsque d'autres héritiers (par exemple des cohéritiers, des substitués ou des héritiers *ab intestat*), ou des créanciers de la succession ont intérêt que l'héritier déclare s'il accepte ou répudie l'hérédité, il est tenu de se décider immédiatement ou de demander un délai pour délibérer ; ce délai, accordé par le prince, est d'un an ; donné par le juge, de neuf mois, à dater du jour où il est concédé [10]. Si ce délai est écoulé, sans qu'il ait fait de déclaration, il est regardé comme s'il avait refusé la succession, quand il existe d'autres héritiers qui ont insisté sur la déclaration ; lorsque ce sont au contraire des créanciers, il est considéré comme

[1] Fr. 75; fr. 95. § 2. D. XLVI, 3.

[2] Mais la possession du défunt n'est pas la sienne, il est obligé de se mettre lui-même en possession. fr. 23. pr. D. XLI, 2.

[3] Fr. 8. pr. D. XXIX, 2. — Const. 10; const. 22, § 12, 14. C. VI, 30. — Le soldat n'est tenu des dettes que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille. Const. 22. pr. § 15, ibid.

[4] Fr. 1, pr. § 1; fr. 3, D. XXI, 3. — Const. 5, C. IV, 51.

[5] Fr. 23 in fine, D. XLII, 8. — fr. 17, D. XXXIX, 6. — Lorsque les legs excèdent la succession, ils doivent être proportionnellement réduits, et l'héritier conserve son droit sur la portion déterminée par la loi Falcidie. — fr. 80, D. XXX. — Mais en droit nouveau, l'héritier qui veut profiter de ces avantages, doit accepter la succession sous bénéfice d'inventaire. Nov. 1, ch. 2, § 2; et à cet égard, v. le § 714 à la fin.

[6] § 5, J. III, 27 (28). — fr. 5, § 2, D. XLIV, 7. — fr. 3, § ult ; fr. 4, D. XLII, 4. — Holtius, dans la *Thémis*, t. VII, p. 490. conteste que le motif de cette obligation repose dans l'acceptation d'hérédité. — *V.* cependant : van Assen, dans les *Bydragen tot Regtsgeleerdheid*, t. IV, p. 117, auquel Holtius a de nouveau répondu dans le *Mag. civ.* de Hugo, t. VI, n° 17.

[7] Fr. 8, D. XXVIII, 8.

[8] Const. 22, § 14, C. VI, 30.

[9] Dig. XXVIII, 8. — Code, VI, 30. — J. C. Koch, *De herede deliberante*. Giess. 1783. — J. J. Ermerins, *Diss. ad jur. Rom. locum de jure deliberandi*. Lugd. Bat. 1817.

[10] Const. 22, § 13, C. ibid. — Cpr. fr. 3, 4, D. ibid.

s'il avait accepté [1]. S'il décède pendant le délai de délibération, ses héritiers profitent du reste de ce délai; ils peuvent donc encore toujours se déclarer sur l'acceptation ou la répudiation de l'hérédité [2].

2. Lorsque aucune personne n'insiste pour que l'héritier fasse déclaration, la loi lui accorde de plein droit un an pour délibérer; ainsi, lorsqu'il meurt endéans cet espace de temps, sans s'être prononcé, ses héritiers ont toujours la faculté d'accepter la succession ou de la refuser. Mais s'il laisse écouler ce délai et s'il décède, aucune transmission n'est accordée à ses héritiers, à moins qu'il n'ait demandé, avant la fin de l'année, un nouveau délai de délibération; dans ce cas, la transmission est accordée endéans ce délai [3].

3. Lorsque, dans l'un comme dans l'autre cas, l'héritier qui a délibéré déclare vouloir accepter la succession, il est tenu purement et simplement de toutes les dettes du défunt [4]; le même principe s'applique à celui qui, n'ayant pas fait de déclaration dans le délai donné, est considéré comme héritier.

§ 714. 2. *Du bénéfice d'inventaire.*

Dans l'ancien droit, tout héritier qui avait réellement acquis cette qualité, était purement et simplement tenu de toutes les dettes du défunt, lors même qu'elles excédaient l'actif de sa succession; le soldat seul faisait exception à cette règle; il n'était tenu que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueillait [5]. Mais Justinien étendit ce privilége accordé au soldat, à tout héritier quelconque qui déclarait, en faisant adition, n'accepter la succession que conformément à un inventaire [6].

A. Quant à la forme de l'inventaire, Justinien a porté les dispositions suivantes :

1. L'héritier est tenu de commencer la confection de l'inventaire endéans les 30 jours à dater de celui où il a appris que la succession était ouverte ou lui avait été déférée, et cet inventaire doit être achevé dans les 60 jours; mais lorsque l'héritier est absent, il a une année pour le commencer et le parachever.

2. La présence d'un écrivain public (*tabellario*) est nécessaire, et d'aprés une disposition postérieure de la Nov. 1, chap. 2, § 1, celle de toutes les personnes qui y ont intérêt (créanciers, légataires, cohéritiers), ou à leur défaut, celle de trois témoins.

3. L'inventaire doit être signé par l'écrivain et par l'héritier, qui signe avec une croix, s'il ne sait écrire; mais un second écrivain doit certifier ce fait. On peut également exiger de l'héritier le serment que l'inventaire est fidèlement dressé, et s'il s'était rendu coupable d'un détournement ou d'une soustraction, il serait tenu de payer le double.

B. L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire produit les effets suivants :

1. L'héritier ne cesse pas d'être réellement héritier; mais il est garanti de toute perte, parce qu'il ne doit satisfaire les créanciers et les légataires que jusqu'à concurrence de l'actif de la succession; à cette fin, il est obligé de faire vendre toutes les choses appartenant à l'hérédité ou de les donner en paiement.

2. Pendant la confection de l'inventaire, les créanciers n'ont rien à prétendre; mais après sa confection, l'héritier paie les créanciers et les légataires dans l'ordre dans lequel ils se présentent, sans avoir égard à aucun droit d'hypothéque, de gage ou de privilége, et lorsque la masse est épuisée, ni lui ni l'acheteur des choses composant la succession, ne peut plus être recherché (§ 365 à la fin).

3. L'héritier peut avant tout déduire les frais funéraires du défunt, d'ouverture de testament et de confection de l'inventaire.

4. Aucune confusion de patrimoine ne s'opère entre le défunt et l'héritier qui, s'il est créancier du premier, a le droit de se payer, comme il paie tout autre créancier; mais d'un autre côté, il est tenu d'apporter à la masse tout ce qu'il doit au défunt, pour être distribué entre les créanciers.

5. L'héritier qui néglige de faire inventaire endéans le délai légal, en perd les avantages; il en est de même lorsqu'il demande un délai pour délibérer; il est donc tenu d'opter entre l'inventaire et le délai de délibération [7].

6. Une disposition postérieure de la Nov. 1, chap. 2, § 2, ordonne que l'héritier qui fait adition sans inventaire, perd non-seulement le droit de déduire aux légataires la part fixée par la loi Falcidie, mais qu'il est tenu de leur

[1] Const. 69, D. XXIX, 2.
[2] Const. 19, C. VI, 30.
[3] C. 19 citée. Cette transmission de l'héritier délibérant est aujourd'hui appelée *transmissio Justinianea.*
[4] Const. 22, § 14, C. ibid.
[5] Const. 22. pr. § 15, C. VI, 30.
[6] Const. 22, C. VI, 30. — Nov. 1, ch. 1, 2. — Sur toute cette matière, v. : A. R. Wyss, *De beneficio inventarii.* Heidelberg, 1814.
[7] Const. 22, § 1-14, C. VI, 30.

payer intégralement leurs legs, même sur ses propres biens.

§ 715. C. *De la transmission.*

1. *De la transmission de la succession acquise.*

L'acquisition de la succession produit cet effet très-important, que l'héritier la *transmet* à ses héritiers, comme partie constituante de ses biens [1].

1. L'héritier sien acquérant de plein droit, au moment même de la délation, la succession qui lui est échue, il s'ensuit qu'il la transmet à ses héritiers, pourvu qu'il ait survécu un seul moment au défunt, et lors même qu'il ignorait que la succession lui fût échue [2]. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui *transmissio ex capite suitatis.*

2. L'héritier volontaire, au contraire, n'acquiert la succession qu'en faisant adition, et il faut lui appliquer la règle : *hereditas nondum adita, non transmittitur ad heredes* [3].

§ 716. 2. *De la transmission du droit d'adition.*

Mais il est plusieurs cas dans lesquels cette règle subit une exception, en ce que souvent un héritier volontaire, qui meurt avant d'avoir opté pour l'acceptation ou la répudiation de la succession, transmet néanmoins à ses héritiers le droit d'accepter la succession qui lui était déférée. Ainsi :

1. Lorsque l'héritier n'a pu faire adition à cause d'un empêchement légal, ses héritiers ont le droit d'accepter la succession qui lui était déférée, dès que l'empêchement vient à cesser [4].

2. Lorsque l'héritier n'a pu faire adition d'hérédité parce qu'il était absent à cause de fonctions de l'Etat, ses héritiers ont le droit de demander la restitution à cause d'absence et d'accepter encore la succession [5] ; c'est ce qu'on appelle aujourd'hui, quoique assez erronément, *transmissio ex capite restitutionis in integrum.*

3. Lorsqu'une succession était déférée à un enfant, et que le père, sous la puissance duquel il se trouvait, négligeait de l'acquérir, il avait le droit, d'après une disposition de Théodose, en cas de mort de l'enfant en état d'enfance (*in infantia*), d'accepter encore pour lui-même. Le père avait le même droit lorsque l'enfant était *sui juris* à l'époque de la délation ; cette transmission s'appelle *transmissio ex capite infantiæ* [6].

4. Lorsqu'un descendant est institué héritier par le testament d'un ascendant, et qu'il décède avant le testateur ou du moins avant d'avoir fait adition d'hérédité, il transmet son droit d'accepter la succession à ses descendants, que l'on doit considérer ici comme substitués par la loi ; mais il n'en serait pas de même de ses autres héritiers. Ce principe se base également sur une constitution de Théodose, et cette transmission s'appelle aujourd'hui *transmissio Theodosiana* [7].

5. Lorsqu'un héritier meurt endéans l'année dans laquelle il a eu connaissance de la délation de la succession, ou avant que le délai à lui accordé pour délibérer se soit écoulé, et n'a pas fait de déclaration, ses héritiers peuvent encore accepter la succession dans le délai qui reste à courir. Cette espèce de transmission se nomme aujourd'hui *transmissio Justinianea,* parce qu'elle se base sur une const. de cet empereur [8].

Quiconque a le droit d'acquérir une succession, en se fondant sur une de ces transmissions, exclut tous ceux que son auteur aurait exclus, par conséquent également les substitués de ce dernier [9].

---

[1] Duarein, *Comm. in tit. Dig. de acq. vel om. hered.* chap. 5; *Opp.* p. 450. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VII, 4. — J. H. Berger, *Diss. de transmissione hereditatis.* Viteb 1688; et dans ses *Diss. sel.* p. 463. — C. F. F. Bucher, *Diss. de jure transmissionis hereditatis et legati.* Marb. 1805. — F. M. Steppes, *Die Transmission der Erbschaft noch rœm. Rechte*, ou *De la transmission de la succession en droit romain.* Munich, 1831.

[2] Const. 3, C VIII, 30. — A proprement parler, il devrait être question de la transmission du droit de s'abstenir (*jus abstinendi*) et non de la transmission du droit de succession *ex jure suitatis.* fr. 7. § 1, D. XXIX, 2.

[3] Const. 7, C. ibid.

[4] Fr. 3, § 30 ; fr. 4, D. XXIX, 5. — fr. 4, § ult. ; fr. 5, D. XXXVII, 4. — fr. 12, D. XXXVII, 10.

[5] Fr. 30, pr. ; fr. 86, pr. D. XXIX, 2. — Const. 1, C. II, 51.

[6] Const. 18, § 1, 3. C. VI, 30. En réalité, ce cas n'appartient pas aux vrais cas de transmission ; car le père a ce droit, *patrio jure*, et non comme héritier de l'enfant.

[7] Code VI, 52. Les opinions des auteurs sont très-différentes sur cette transmission. *V.* F. A. Niemeyer, *Diss. de transmissione Theodosiano.* Halæ, 1812. — C. G. Diehl, *Diss. de la transmissione Theodosiana.* Heidelb. 1814. — Thibaut, *System*, p. 675.

[8] Const. 19, C. VI. 30. *V.* plus haut, le § 713 et la note 9 de ce paragraphe.

[9] Quistorp. *Rechtl. Bemerk.* t. II, n° 30. et C. L.

§ 717. *Des moyens qui compètent à l'héritier pour poursuivre son droit.*

1. *Des moyens pétitoires.*

Pour poursuivre en justice son droit de succession et la succession elle-même, la loi donne à l'héritier des moyens de droit soit *pétitoires* soit *possessoires*.

Aux moyens *pétitoires* appartient la *pétition d'hérédité* (*hereditatis petitio*) [1].

1. La pétition d'hérédité compète à tout héritier, testamentaire ou *ab intestat* [2], civil ou prétorien [3], direct ou fidéicommissaire [4], *ex asse* ou *ex parte* [5]. Elle peut aussi être intentée *utiliter* par celui qui a acheté de l'héritier la succession soit entière soit en partie [6].

2. Elle ne peut être dirigée que contre celui qui conteste le droit de succession à l'héritier et qui retient soit la succession entière, soit une partie, soit des choses particulières qui en dépendent. Elle peut donc être intentée :

a) Contre celui *qui pro herede possidet*, c'est-à-dire celui qui se croit ou du moins se prétend héritier et dénie au demandeur son droit de succession [7].

b) Contre celui *qui pro possessore possidet*, c'est-à-dire celui qui ne peut prouver d'un titre suffisant de possession, et conteste néanmoins le droit du demandeur [8].

Dans ces deux cas, en effet, il suffit au demandeur de prouver qu'il est héritier ; mais cette preuve ne servirait à rien contre un acheteur, contre un donataire ou toute autre personne qui fonde sa possession sur une cause d'acquisition particulière. Aussi, n'est-ce plus la pétition d'hérédité, mais la revendication qu'il faudrait intenter contre ce dernier [9].

3. L'action a pour but de faire déclarer celui qui en profite, soit héritier unique, soit cohéritier, et de lui faire remettre toute la succession, ou la portion qui lui est due, ou ce que le défendeur possède, avec tous les accessoires, *cum omni causa* [10]. Quant aux fruits :

a) Le possesseur de bonne foi n'est tenu de restituer que ceux des fruits perçus qui existent encore avant l'introduction de l'action, pourvu qu'il ne les ait pas prescrits ; mais des fruits consommés, il n'en est tenu que pour autant qu'il est devenu plus riche. Le possesseur de bonne foi est également obligé à restituer les fruits perçus après que l'action a été intentée, de même que ceux qu'il aurait pu percevoir ; mais il ne répond pas de ceux qui ont péri par cas fortuit [11].

b) Le possesseur de mauvaise foi doit restituer purement et simplement tous les fruits, même ceux qu'il aurait pu percevoir [12].

4. De son côté, le défendeur peut opposer ses contre-prétentions à celles de l'adversaire ; ainsi il peut exiger :

a) Tout ce qu'il est en droit de demander de la succession, comme créancier [13].

b) Les frais et impenses qu'il a faits de ce chef. S'ils ont été faits pour acquérir les fruits, tout défendeur, possesseur de bonne ou de mauvaise foi, a le droit de les exiger en tant qu'il est tenu de restituer les fruits eux-mêmes [14]. Lorsqu'au contraire ils ont pour objet la substance de la succession, le possesseur de bonne foi peut demander une indemnité pour toutes les impenses, même lorsqu'elles

---

Crell, *Diss. utrum herede instituto intra tempus deliberandi mortuo substitutus admittatur.* Vitemb. 1731. Ces deux auteurs sont d'opinion différente, à cause du fr. 72, D. XXIX, 2. Mais ce passage décide la question d'après le droit ancien, qui se modifie de lui-même depuis l'introduction des transmissions.

[1] Dig. V. 3. — Code, III, 31. — Glück, *Comm.* 7e part. § 562-571. — Paul Petzold, *Spec observationum ad L. 5, C. de hered. petit.* Lips. 1804. — Thibaut, *System*, § 738-743. — Schweppe, *Pandecten*, § 851-857. — Pothier, *Traité de la propriété*, 2e part. ch. 2 (t. V, éd. de Brux. Tarlier. 1831. p. 299).

[2] Fr. 1-3. D. V, 3. Si la pétition d'hérédité est intentée par l'héritier *ab intestat* contre l'héritier testamentaire, et si elle attaque en même temps la validité du testament elle se nomme aujourd'hui *hereditatis petitio qualificata*.

[3] Dig. V. 5. Si elle est intentée par l'héritier prétorien, elle s'appelle *hereditatis petitio possessoria.* — Glück, *Comm.* 8e part. § 573.

[4] Fr. 1, 2. D. V, 6. Si elle est intentée par le fidéicommissaire, elle se nomme *hered. pet. fideicommissaria.* Celle-ci ne peut être intentée qu'après la restitution et aucunement contre celui qui a restitué la succession. fr. 3, § 1, ibid. — fr. 27, § 7; fr. 37, pr. D. XXXVI. 1.

[5] Dig V, 4. Dans ce cas, on l'appelle aussi aujourd'hui *hereditatis petitio partiaria.* — Glück, *Comm.* 8e part. § 572.

[6] Fr. 54, pr. D. V, 3.

[7] Gajus, IV, 144. — fr. 9-11, D. V, 3. — § 3, J. IV, 15, et Théophile, sur ce passage.

[8] Gajus, IV, 144. — § 3, J. IV, 15. — fr. 11-13; fr. 18. § 2; fr. 19, D. V, 3. — Dans les deux cas (*pro herede et pro possessore*), l'action a également lieu contre le *fictus possessor*, fr. 13, § 13, 14, D. V, 3. — fr. 7. D. VI, 1.

[9] Fr. 25. § 17, D. V, 3. — Const. 7, C. III, 31. — Const. 4 C. VII. 34.

[10] Fr. 10, § 1, D. V, 3.

[11] Const. 1, § 1, C. III, 31. — Cpr. fr. 25, § 11; fr. 40, § 1, D. V, 3. — § 2, J. IV, 17.

[12] Fr. 25, § 4, D. V, 3. — fr. 40, § 1, ibid. — § 2, J. cit.

[13] Const. 5. C. III, 31.

[14] Fr. 36, § 5, D. V, 3. — fr. 46, D. XXII, 1.

ont été perdues par la suite ; le possesseur de mauvaise foi, pour les impenses nécessaires, dans tous les cas, et pour les impenses utiles, lorsque l'avantage qu'elles ont produit existe encore ; quant aux impenses voluptuaires, il n'a que le droit de les enlever (*jus tollendi*) [1].

5. La pétition d'hérédité s'éteint, d'après la règle générale de la prescription des actions, par le laps de 30 ans, et c'est sans motif aucun qu'on la fait durer 90 ans pour les enfants appelés *ab intestat* à la succession paternelle, et 120 ans pour les enfants institués dans un testament [2].

§ 718. 2. *Des moyens possessoires.*

Parmi les moyens possessoires, l'on compte :

1. L'interdit *quorum bonorum*, qui peut être invoqué par celui qui a obtenu la *bon. poss.* (§ 639), contre celui qui possède la succession à titre d'héritier ou à titre de possesseur, ou qui a cessé de la posséder par dol (*dolo malo*) ; il tend à faire mettre le demandeur en possession des choses corporelles qui dépendent de la succession [3].

2. L'espèce d'envoi dans les biens du défunt (*missio in bona defuncti*) que les modernes appellent *remedium ex lege ult. C. de edicto Divi Hadriani tollendo* (VI, 33), et au moyen duquel celui qui est institué héritier dans un testament écrit, inattaquable quant à la forme extérieure et exempt de tout vice apparent, peut demander la mise en possession provisoire de la succession.

3. Plusieurs autres envois en possession des biens du défunt, mais qui ne sont également que provisoires, notamment :

a) L'envoi en possession *ex edicto Carboniano*, lorsque l'on conteste à l'enfant du testateur son droit de succession en déniant sa qualité d'enfant ; celui-ci peut demander, sous la surveillance d'un curateur, la suspension du procès jusqu'à sa puberté, et la possession de la succession paternelle ainsi que des aliments [4].

b) Ensuite, l'envoi en possession *quæ ventri datur*. Lorsqu'une femme est enceinte au décès de son mari, elle peut également exiger, sous la surveillance d'un curateur, la possession provisoire de la succession et des aliments, jusqu'au moment où elle accouche, ou jusqu'à ce qu'il soit prouvé qu'il n'existe pas d'état de grossesse [5].

c) Enfin, la *bon. poss. quæ furioso datur* [6], dont nous avons déjà parlé § 708, à la fin.

§ 719. II. *Rapport des cohéritiers entre eux.*
A. *De la part de chacun d'eux aux créances et aux dettes de la succession.*

Lorsqu'une succession est déférée à plusieurs personnes et qu'elle a été acquise par toutes, chaque cohéritier obtient, en proportion de sa quotité héréditaire, un droit sur toutes les choses appartenant à la succession. Les créances et les dettes du défunt sont divisées de plein droit entre tous les cohéritiers, d'après la part de chacun d'eux ; *nomina et debita hereditaria ipso jure inter coheredes sunt divisa* ; en acceptant la succession, chaque héritier acquiert sa part et a le droit, même avant le partage, d'actionner les débiteurs de la succession pour sa part et portion (*pro rata*) ; mais d'un autre côté, il peut être poursuivi, pour la même portion, par les créanciers [7]. Il est vrai que le testateur a le droit de faire un autre partage des créances et des dettes, et que les héritiers peuvent, par convention, le fixer d'une manière différente ; mais dans l'un et dans l'autre cas, ces modifications ne sont obligatoires que pour les héritiers et n'ont aucune influence sur les débiteurs et les créanciers de la succession ; ceux-ci restent directement obligés envers chaque héritier pour sa part, et ils ne peuvent le poursuivre que pour sa portion héréditaire [8].

---

[1] Fr. 38, 39. D. V, 3.

[2] Const. 3. C. VII, 39. — Koch, *Succ. ab int.* § 129. — Thibaut, *Von der Verjæhrung*, p. 129. — Unterholzner, *Verjæhrungslehre*, t. II, § 167, 168.

[3] Gajus, IV, 144. — § 3. J. IV, 15 — Dig. XLIII, 2. — Code, VIII, 2. — C. A. Rogge. *Diss. proponens interpretationem L. 1, D. quorum bonorum.* Regiom. 1817. — Les opinions des auteurs sur la nature de cet interdit et sur son rapport avec la pétition d'hérédité possessoire, sont néanmoins très-partagées.

[4] Dig. XXXVII, 10. — Code, VI, 17.

[5] Dig. XXV, 5. — XXV, 6. — XXXVII, 9.

[6] Dig. XXXVII, 3. — Const. 7, § 3, 8, C. V. 70.

[7] Const. 6, C. III, 36. — Cpr. fr. 25. § 13. D. X, 2. — Const. 1, C. VIII, 36. — Const. 1, C. VIII, 32. — Const. 26, C. II, 3. C'est pour cette raison que les créances et les dettes héréditaires ne forment pas l'objet de l'action *familiæ erciscundæ*. fr. 4, pr. ; fr. 25, § 1, D. X, 3. — C. L. Crell, *De divisione nominum in judicio familiæ erciscundæ*. Viteb. 1743.

[8] Fr. 3, pr. D. II, 15. — Const. 25, 26, C. II, 3. — fr. 2, § 5 ; fr. 3 ; fr. 20, § 3 ; fr. 25, § 1, 13, D. X, 2. — fr. 11, 14. D. XX, 5. — fr. 69, § 2, D. XXX. — Cpr. fr. 14, D. II. 15, et, sur ce passage, G. F. Held, *Diss. ad L. 14, D. de transact.* Lips. 1828.

§ 720. B. *Du partage de la succession.*

Tout héritier a le droit de poursuivre son cohéritier en partage de la succession, pourvu qu'il ait la faculté de disposer librement de ses biens, et qu'il n'ait pas été ordonné par le testateur ni convenu entre les héritiers que la succession resterait indivise pendant un temps déterminé [1].

1. Le partage peut être fait soit extrajudiciairement, par accord entre les héritiers, soit par arbitre, soit judiciairement, d'après une sentence du juge, lorsque des contestations s'élèvent entre les héritiers ; dans ce cas, chaque héritier a contre son cohéritier l'action en partage de la succession, *actio familiæ erciscundæ* [2].

2. L'on doit en général comprendre dans le partage tout ce qui appartient réellement aux biens du défunt, après en avoir séparé ce qui est à d'autres personnes ou ce qui doit leur être restitué, notamment les biens particuliers des enfants et la dot de la femme du défunt. Il est cependant des choses qui, bien qu'elles appartiennent aux biens du défunt, sont néanmoins entièrement exclues du partage; par exemple, des choses qui peuvent facilement occasionner du dommage, ou qui blessent les mœurs et l'honnêteté [3]; ensuite, les documents et actes qui sont donnés à celui dont ils concernent la personne ou les droits [4]; il est d'autres choses qui ne sont exclues du partage que pour autant qu'elles ne peuvent être *réellement* partagées, parce qu'elles sont physiquement ou légalement indivisibles. Lorsque la chose est physiquement indivisible, par exemple, un tableau, un cheval, et lorsque les héritiers ne veulent pas demeurer dans l'indivision, l'un d'eux la reçoit à lui seul et paie les autres en argent, ou la chose est vendue pour le prix en être distribué [5]. Lorsqu'au contraire la chose est aussi légalement indivisible, par exemple, une servitude réelle, elle appartiendra à celui des cohéritiers qui reçoit le fonds dominant ; mais si celui-ci est aussi partagé ou reste dans la communauté, chacun des cohéritiers peut l'exercer en entier [6].

3. Le partage lui-même peut être fait de différentes manières : par la distribution réelle des choses divisibles entre les cohéritiers, et il faut alors le considérer comme un échange; ou en laissant à un seul des cohéritiers, qui paie les autres, tout ou partie des choses de la succession : alors il faut regarder le partage comme une vente, et l'argent que l'un des cohéritiers doit payer à l'autre se nomme *pecunia hereditaria*. Quel que soit le mode de procéder au partage, il contient toujours une aliénation nécessaire, admissible par là dans des cas où l'aliénation en général est prohibée [7]; enfin, il est également une aliénation onéreuse et soumise à l'obligation de la garantie, comme la vente et l'échange [8].

4. Lorsqu'un des cohéritiers n'a pas pris part au partage d'une succession, il a le droit d'attaquer ce partage et d'exiger sa part des autres héritiers, ou de provoquer un nouveau partage [9]. Mais lorsque tous les cohéritiers ont participé au partage, et que l'un d'eux a été lésé, il faut distinguer :

a) Le défunt a lui-même fixé les choses et leur valeur, que chaque cohéritier doit recevoir pour sa part ; on ne peut faire valoir, dans ce cas, qu'une lésion dans la légitime [10].

b) Le juge a fait le partage par jugement, *judicio familiæ erciscundæ;* si son décret a obtenu force de chose jugée, le partage ne pourra plus être attaqué, même à cause d'une lésion énorme de l'un des cohéritiers [11].

c) Les héritiers ont fait le partage entre eux ou devant un arbitre; dans ce cas, la lésion frauduleuse donne toujours lieu à une action en réparation du dommage causé; mais lorsqu'il n'y a pas eu dol, il faut que la lésion soit de plus de moitié pour donner lieu à une action de la part du lésé; par exemple, lorsqu'il a été payé en argent, et qu'il n'a pas reçu la moitié de la vraie valeur de sa part [12].

---

[1] Fr. 14, § 2, D. X, 3. — Const. 5, C. III, 37.

[2] § 4, J. IV, 17. — § 3, 4, J. III, 27 (28). — Dig. X, 2 — Code, III, 36, 38. — F. A. Mebl, *Judicium familiæ erciscundæ*. Gœtt. 1780. — Glück, *Comm.* 11e part. § 625 et suiv.—G. J. Martini, *Diss. de hereditate plurimis communi*. Lugd.-Bat. 1825. — *V.* plus haut, les §§ 503-505.

[3] Fr. 4, § 1, D. X, 2. — fr. 9, D. XLIX, 14.

[4] Fr. 4, § 3; fr. 5; fr. 8, D. X, 2. — Const. 2, C. VIII, 32.

[5] Fr. 22, § 1, D. X, 2. — Const. 5, C. III, 37.

[6] Fr. 23, § 3; fr. 25, D. VIII, 3. — fr. 4, § 3, D. VIII, 3.

[7] Fr. 1, § 2, D. XXVII, 9. — Const. 17, C. V, 71.

[8] Fr. 25, § 1, D. X, 2. — Const. 14, C. III, 25. — Const. 7, C. III, 38. — Cependant lorsque le défunt a fait lui-même le partage, le cohéritier que l'on a évincé d'une part, ne peut exiger la garantie qu'autant que le légataire y a droit. fr. 77, § 8, D. XXXI. — Glück, *Comm.* 11e part. p. 78, 107.

[9] Fr. 44, § 2, D. X, 2.

[10] Const. 10, 26, C. III, 36. — Nov. 22, ch. 48.

[11] Arg. fr. 56, D. XLII, 1. — fr. 25, D. I, 5. — fr. 207, D. L, 17.

[12] Const. 1, 3, C. III, 38. — Const. 2, C. IV, 44.— G. C. Gebauer, *Diss. de hereto cito ob inæqualitatem*

§ 721. C. *Du rapport.*

Lorsque des descendants viennent à la succession de leurs ascendants, ils sont vis-à-vis l'un de l'autre assujettis au *rapport* [1], c'est-à-dire qu'ils sont tenus de rapporter à la succession commune, ou de faire déduire sur leur part, ce qu'ils ont reçu du défunt pendant sa vie, et pour autant qu'ils sont devenus plus riches [2]; le rapport se fait donc en nature, ou en moins prenant. D'après le droit nouveau, il n'y a ici aucune distinction à faire entre les héritiers siens et les émancipés, entre les héritiers testamentaires et *ab intestat.* Au nombre des choses qui sont assujetties au rapport nous avons notamment la dot et la donation à cause du mariage [3].

La loi dispense du rapport :

1) De plein droit, les aliments et les frais d'éducation, le pécule castrense et quasi-castrense que le fils a reçu de ses parents [4]; ensuite, tout ce que le descendant n'acquiert qu'à la mort de l'ascendant par legs, fidéicommis ou donation à cause de mort [5]; les fruits et les intérêts des choses sujettes au rapport [6]; enfin, généralement les *donationes inter vivos simplices* (*vel mortis causa*) qu'un enfant a reçues de ses parents; à moins qu'un autre enfant n'ait reçu une donation *sub causa* (par exemple : *dos, donatio propter nuptias*) sujette au rapport; dans ce cas, la donation simple doit aussi être rapportée [7].

2) D'ailleurs, le testateur a le droit de dispenser un seul ou tous les descendants du rapport, pourvu qu'il n'entame pas par là la légitime des autres [8]; réciproquement, il peut ordonner le rapport des choses qui n'y sont pas sujettes, pourvu qu'il les ait données sans y être obligé par la loi, par exemple, des aliments ordinaires; enfin, l'obligation de rapporter doit avoir été imposée à l'époque de la donation [9].

§ 722. D. *Du droit d'accroissement.*

1. *Principes généraux.*

Lorsque plusieurs héritiers concourent et que l'un d'eux vient à manquer, les autres sont soumis, soit à leur avantage, soit à leur préjudice, au *droit d'accroissement* (*jus accrescendi*), c'est-à-dire que la portion devenue vacante, par le défaut de l'un des héritiers, accroît aux autres en proportion de leur part héréditaire [10].

---

in melius reformando. Gœtt. 1738, et dans ses *Exerc. acad.* 1, n° 14.

[1] Ulpien. XXVIII, 4. — Dig. XXXVII, 6-8. — Code, VI, 20. — Nov. 16, ch. 6. — Nov 97, ch 6. — C. Pfizer. *Uber die Collation der Descendenten*, ou *Du rapport des descendants.* Stuttg. 1807. — D. Unterholzner. *Diss. pertractans historiam doctrinæ jur. rom. de collationibus.* Altorf. 18 9. (*Annales de Heidelb.* 1810. p. 93.) — K. F. Reinhardt, *Die Lehre von der Einwerfung*, ou *Du rapport.* Stuttg. 1818. — C. P. N. Petersen, *Diss. de collatione bonorum.* Havniæ, 1825. — F. Geidner, *Uber die Art der Collation der Descendenten, bei Erbtheilungen*, ou *De l'espèce de rapport des descendants en matière de partage.* Würzbourg, 1825. — Rosshirt, *Erbrecht*, ch. 2, § 28.

[2] Celui qui n'est pas héritier n'a pas besoin de rapporter. fr. 9, D. XXXVII. 7. — Les petits-enfants qui héritent de leur aïeul doivent non-seulement rapporter ce qu'ils ont reçu eux-mêmes, mais également ce que leur père ou mère prédécédé aurait dû rapporter, et lors même qu'ils ne seraient pas devenus héritiers de ces derniers. C'est ce qui résulte des termes de la Novelle 118, ch. 1 : « — tantam de hereditate morientis accipiunt partem, quantam eorum parens, si viveret, habuisset. » — Mais cette règle souffre exception lorsque le petit-fils n'a été institué par l'aïeul que pour sa légitime. Const. 20, C. VI, 20. — Les ascendants et les frères et sœurs du défunt ne sont jamais assujettis au rapport.

[3] Const. 12, 16, 17, 19, 20, pr. C. VI, 20. Si la chose assujettie au rapport a été détruite sans la faute de l'héritier celui-ci n'est pas tenu de la rapporter. fr. 2, § 2, D. XXXVII, 6. — Nov. 97. ch. 6.

[4] Fr. 1, § 15, D. XXXVII, 6. — Const. 12, 20, pr. C. VI, 20. Le pécule adventice, que les enfants acquéraient. dans l'ancien droit pour le père, en droit nouveau pour eux-mêmes, n'a pas besoin d'être rapporté. Const. 21, C. ibid.

[5] Fr. 1, § 19, D. ibid. — Const. 10, 13, 15, C. ibid.

[6] Mais celui qui est tenu au rapport ne doit pas être en demeure; fr. 5, § 1, D. XXXVII, 7.

[7] Const. 20, § 1, C. VI, 26. — C. F. Pælike, *Diss. de donatione simplici in hereditatem paternam non conferenda.* Helmst. 1762. — E. de Man, *De donatione simplici jure rom. non conferenda.* Ultraj. 1804. — J. C. Berkhan, *Diss. de collatione donationis simplicis ad L.* 13 et 20 *C. de collat.* Halæ, 1805.

[8] Nov 18. ch. 6.

[9] Const. 20. § 1 in fine, C. VI, 20. — Cpr. fr. 25, pr. D. V, 2. — Const. 35, § 2, C. III, 28.

[10] Sur l'ancien droit : Ulpien. XVII. XVIII. — Sur le droit nouveau : Dig. XXVIII, 5; XXIX, 2. — Code, VI, 10 et 51.

Bibliographie : Cujas, *Recitt. ad Cod. lib. VI, tit.* 51. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VII. 12, 15. — Duarein, *De jure accrescendi*; dans ses *Oper.* ed. Frf. 1592, p. 1075. — Th. Papillonius, *De jure accrescendi*; dans Otto, *Thes.* t. IV, p. 765 — Edm. Merillius, *De jure accrescendi et conjunctionis*; *Ibid.* t. IV, p. 1733. — Scipio Gentilis, *Tract. de jure accrescendi.* (*Oper.* Neap. 1763, t. I, p. 175.) — G. Majansius, *De jure accrescendi.* (*Disp. jur. civ.* t. II, disp. 38.) — J. A. Bach. *Diss. de jure accrescendi.* (*Opusc.* p. 323.) — Th. G van Alphen, *De origine, natura, et effectu jur. accresc.* Lugd.-Bat. 1807. — Vinc. G. A. Ludwig, *Diss. I de jure accrescendi.* Lips. 1817. — A. G. Huidecooper, *Diss. de jure accrescendi ex legibus Rom.*

Les principes généraux suivants sont applicables au droit d'accroissement :

1. Il a lieu pour les héritiers *ab intestat* aussi bien que pour les héritiers testamentaires, et sans distinguer si la succession leur a été déférée d'après le droit civil ou d'après le droit prétorien [1].

2. Mais la portion du défaillant n'accroît que lorsqu'il ne jouit d'aucun droit de transmission, et les héritiers testamentaires ne profitent du droit d'accroissement que lorsque le défaillant n'a pas de substitué, ou que du moins celui-ci vienne également à manquer [2].

3. Le testateur ne peut défendre directement le droit d'accroissement, mais bien indirectement en faisant une substitution [3].

4. L'accroissement se fait de plein droit, même à l'insu et contre la volonté [4] des autres héritiers, de sorte que la portion vacante ne doit pas être acceptée ; elle accroît *cum omni onere*, et l'héritier auquel elle échoit, est tenu de toutes les charges qui pèsent sur elle [5].

5. Le droit d'accroissement ne profite pas à ceux dont la portion héréditaire, soit *ab intestat*, soit testamentaire, est fixée par les lois à un maximum absolu ou relatif qu'ils ont reçu : mais ils concourent pour parfaire la quotité de ce maximum [6].

§ 723. 2. *En matière de succession* ab intestat.

En matière de succession *ab intestat*, le droit d'accroissement a lieu lorsque l'un des héritiers auxquels la succession est déférée, vient à manquer [7], d'après les principes suivants :

1. La portion vacante accroît à ceux qui l'auraient obtenue, si le défaillant n'avait pas concouru dès l'origine ; ils partagent en proportion de leur part héréditaire [8].

2. Le droit d'accroissement ne change en rien l'ordre de succession établi à la mort du défunt.

§ 724. 3. *En matière de succession testamentaire.*

En matière de succession testamentaire, le droit d'accroissement entre cohéritiers repose sur la règle : *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* [9]. Il faut ici considérer :

1. La manière dont les héritiers ont été réunis dans l'institution :

a) Ils sont *re et verbis conjuncti* (que le droit romain qualifie de *conjuncti* et qu'aujourd'hui on appelle aussi *mixtim conjuncti*), lorsqu'ils sont institués purement et simplement, c'est-à-dire sans détermination de portion et dans la même phrase ; par exemple : *Titius et Sejus heres esto.*

b) Ils sont *disjuncti s. re tantum conjuncti*, lorsque chacun d'eux est à la vérité institué purement et simplement pour toute la succession, mais nommé dans une phrase séparée ; par exemple : *Titius heres esto, Sejus heres esto.*

c) Ou ils sont *verbis tantum conjuncti*, lorsqu'ils sont nommés à la vérité dans la même phrase, mais que chacun d'eux est institué pour une quote-part déterminée de la succession ;

Traj. ad Rhen. 1817. — J. Cousturier, *Diss. de jure accrescendi*. Leodii, 1823. — W. M. Rossberger. *Jus accrescendi ex fontibus juris rom. genuinis illustratum*. Lips. 1827. — Surtout H. Baumeister, *Das Anwachsungsrecht unter Miterben nach röm. Rechte*. Tübingue, 1829. — Rudorff, *De la caducorum vindicatio*; dans le *Journ. pour la jurisp. hist.* t. VI, p. 397. — Rosshirt. *Erbrecht*. chap. 2, § 29. Le même, *Diss. de jure accrescendi*. Heid. 1841.

[1] § 5, J. III, 9 (10). — Code, VI, 10. — Sur la question de savoir si, dans une succession vendue, le droit d'accroissement a lieu au profit de l'acheteur ou du vendeur, *v.* fr. 2, § 1, D. XVIII, 4; et. sur ce passage Glück, *Comm.* 16e part. p. 341. — Ruho, *Diss. de jure accrescendi hereditate vendita* Halæ, 1817. — C. Cucumus, *De jure accrescendi cui competat post hereditatem venditam*. Wirceb. 1818. — Cpr. J. Gerlings, *Diss. de hereditate vendita*. Traj. ad Rhen. 1827.

[2] Const. un. § 13, 14, C. VI, 51.

[3] Fr. 55, D. XXX.

[4] Fr. 31; fr. 35 pr.; fr. 53, § 1; fr. 76, pr. D. XXIX, 2. — Cependant cette règle souffre des exceptions : fr. 35, 61, D ibid.

[5] Fr. 61, § 1, D XXXI. — Const. 4. C. VI, 49. — Const. un. § 4, 10, C. VI, 51. — Rosshirt, *Erbrecht*, p. 457, partage en partie une autre opinion, à cause des fr. 1, § 9, D. XXXII et fr. 19, D. XXIX, 7.

[6] Quant aux cas où ce principe s'applique, *v.* les §§ 654, n° 2; § 673, n° 2, 3, 5.

[7] Il faut se garder de confondre le droit d'accroissement entre plusieurs héritiers *ab intestat* appelés en même temps, avec la succession par degrés et par ordres, qui a lieu lorsque le défaillant n'a aucun cohéritier appelé en même temps que lui à la succession, ou lorsque tous les héritiers appelés en même temps viennent à manquer.

[8] Fr. 12, pr. D. XXXVII, 4.

[9] Code, VI, 51. C'est pour ce motif qu'il n'a jamais lieu de plein droit dans le testament d'un soldat, mais seulement lorsque ce dernier l'a expressément ordonné, car autrement la portion vacante revient aux héritiers *ab intestat*. fr. 37, D. XXIX, 1. — Const. 1, C. VI, 21.

par exemple : *Titius et Sejus heredes sunto, æquis partibus* [1].

2. Il faut ensuite examiner qui vient à manquer. Ainsi :

a) Lorsque tous les héritiers sont réunis de la même manière dans l'institution, la part de celui qui vient à manquer accroît à tous les autres par portions égales ; mais lorsqu'ils sont *verbis conjuncti*, l'accroissement n'a lieu qu'en proportion de la part de chacun à l'hérédité [2].

b) S'ils ne sont pas réunis de la même manière dans l'institution, la portion du *mixtim conjunctus* défaillant n'accroît qu'à ceux qui sont *conjuncti* avec lui ; si, au contraire, un *disjunctus* ou un *verbis conjunctus* vient à manquer, sa part devenue vacante accroît à tous les autres, par conséquent aussi aux *mixtim conjunctis ;* néanmoins ceux-ci, que l'on ne peut considérer que comme une seule personne, à cause de leur liaison dans la même phrase, ne reçoivent aussi ensemble qu'une seule part [3].

SECTION IV.

DES LEGS ET DES FIDÉICOMMIS [4].

CHAPITRE PREMIER.

DES CODICILLES.

§ 723. I. *Notion et contenu des codicilles.*

Un *codicille* est tout acte de dernière volonté qui n'est pas un testament (§ 656) [5].

1. Celui-là seul qui a la faction de testament peut faire un codicille [6].

2. Les codicilles ne peuvent servir ni à conférer le titre d'héritier par une institution ou substitution, ni à l'ôter par une exhérédation, ni à modifier par l'addition ou la suppression d'une condition, une institution testamentaire [7]. Cependant il est permis au testateur de ne nommer que dans un codicille l'héritier institué dans le testament, et de lui assigner

---

[1] § 8, J. II, 20. — fr. 89. D. XXXII. — fr. 142, D. L. 16.

[2] Mais il n'y a pas d'accroissement au profit de celui qui est institué pour une part fixée (*pars quanta*) ou pour une chose déterminée ; il ne profite du droit d'accroissement que lorsque tous les autres viennent à manquer. — Ch. U. L. Henneman, *Examen de la question de droit :* Si un héritier institué *in re certa* doit être considéré comme légataire à côté d'un autre héritier institué sans cette restriction. Schwerin et Wismar, 1790. — J. Volkmann, *De heredibus e re certa scriptis.* Lips. 1827.

[3] Const. un. § 10, C. VI, 51. — Cpr § 8, J. II, 20. — fr. .0, § 2 ; fr. 59, § 3 ; fr. 63 ; fr. 66, D. XXVIII, 5. — fr. 1. 11, D. VII, 2.

[4] Sources : Gajus, II, 101-289. — Ulpien. XXIV. XXV. — Paul. III, 6 ; IV, 1. — Inst. II, 20-24. — Dig. XXX — XXXVI, 1-4. — Code, VI, 37, 42-54.

Bibliographie : Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII. — Cujas, *Recit. ad Dig. lib. XXX et XXXI.* Dans ses *Œuvres*, t. VII, p. 957 et suiv. — Fr. Duarein, *Comm. in libr. XXX Dig ;* dans ses *Œuvres*, p. 478 et suiv. — C. Ch. Westphal, *Hermeneutisch-systematische Darstellung der Rechte von den Vermæchtnissen und Fideicommissen, ingleichen von Codicillen*, ou *Exposé herméneutique et systématique des legs et des fidéicommis, ainsi que des codicilles.* 2 parties. Leipzig. 1791. — Le même, *System der Lehre von den einzelnen Vermæchtnissarten und der Erbtheilungsklage*, ou *Système des diverses espèces de legs et de l'action en partage.* Leipzig. 1793. — Geyert, *Grundzüge der Lehre von den Vermæchtnissen*, ou *Principes en matière de legs.* Francfort, 1829. — Rosshirt, *Die Lehre von den Vermæchtnissen*, ou *Des legs.* Heidelb. 1825, 2 vol. — W. van Swinderen. *Diss. de legatis.* Grœning. 1824. — E. Hultmann, *Diss. de jure legatorum.* Lugd.-Bat. 1826. — J. C. M. de Quertenmont, *Spec. hist. exhibens quædam de legatis.* Lugd.-Bat. 1827. — G. B. Smallenburg. *Quæstiones selectæ e capite de legatis* Lugd.-Bat. 1828

[5] Inst. II, 25 — Dig XXIX, 7. — Code, VI, 36. — Doneau. *Comm. jur. civ.* VII, 18, 19. — Em. Dunius, *De veteri et novo jure codicillorum.* Romæ, 1752. — J. van Dam, *Diss. de codicillis.* Traj. ad Rhen 1811. — Sur l'histoire des codicilles : Hugo, *Rechtsg.* p. 768. — Schweppe, *Rechtsg* § 894. — Gans, *Scolien zu Gajus*, p. 330.

[6] Fr. 6, § 3, D. XXIX, 7. — fr. 8, § 2, D. ibid. — fr. 2, D. XXX. — Const 5, C. VI, 36.

[7] § 2, J. II, 25. — fr. 2, § 4 ; fr. 10, D. XXIX, 7. — Const. 2, 7, C. VI, 36. — Le soldat fait encore exception ici. fr. 36, pr. D. XXIX, 1.

dans cet acte sa part do la succession [1]. Toutes les autres dispositions à cause de mort, nommément les legs et les fidéicommis, peuvent aussi bien être faitos dans un codicille quo dans un testament (§ 691).

3. Rien n'empêcho de faire plusieurs codicilles valables l'un à côté de l'autre, parce qu'ils peuvent se référer à différents objets [2]. Néanmoins, la disposition insérée dans un premier codicille, et qui est inconciliablo avec une disposition d'un codicille postérieur, est considérée comme révoqueo [3].

§ 726. II. *Dos espèces de codicilles.*

En droit nouveau, tout codicille est considéré comme un ordre adressé par le défunt à son héritier. Il existe une différence entre les codicilles, selon que l'héritier succède *ab intestat* ou qu'il est testamentaire ; dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'il n'existe pas de testament, les codicilles sont *codicilli ab intestato facti ;* un doit les considérer comme adressés à l'héritier *ab intostat* et ils subsistent et tombent par eux mêmes [4]. Dans le second cas, ils se nomment *codicilli ad testamontum facti,* et existent à côté d'un testament. S'ils sont expressément confirmés par le testament, co que le testateur peut faire *in prœteritum* aussi bien qu'*in futurum,* ils s'appellent *codicilli testamento confirmati.* Les codicilles faits avant le testament devaient, dans l'ancien droit, être confirmés dans le testament ou de toute autre manière, pour sortir leurs effets [5]; mais cela n'est plus requis dans le nouveau droit [6]; les codicilles faits avant le testament sont valables sans confirmation ultérieuro, dès qu'il est certain que le testateur n'a pas changé do volunté.

Tous les codicilles qui accompagnent un testament sont adressés à l'héritier testamentaire, et doivent être considérés commo faisant partio du testament lui-même ; *ex testamento vires capiunt ;* ils subsistent, tombent et revivent avec lui.

§ 727. III. *De la forme dos codicilles.*

Le codicille peut être fait par écrit et verbalement [7] ; l'ancien droit n'exigeait à cet effet aucune solennité dans les formes [8]. Mais le droit nouveau exige pour les codicilles une forme extérieure et fait la distinction suivanto :

1. Le codicille érigé devant uno autorité publique n'a pas besoin d'autres formalités.

2. Celui qui est autorisé à faire un testament privilégié, peut egalement faire un codicille et jouit des mêmes priviléges que pour les testaments [9].

3. En outre, il faut en général que cinq témoins assistent à la confection du codicillo privé [10]. Leur capacité doit être la même que celle des témoins testamentaires [11] ; ils doivent être convoqués, et lorsque le codicille est fait par écrit, y apposer leur signature ; mais leur sceau n'est pas nécessaire [12]. Quant à la signature de celui qui fait le codicillo, il faut appliquer co qui a été dit des testaments écrits [13].

4. D'après la dernière disposition do Justinien, un legs et un fidéicommis peuvent êtro laissés sans autre formalité qu'une domande faite à l'héritier de les restituer ; le fideicommissairo pourra déférer le serment à l'héritier qui dénie le fait allégué, pour prouver l'existence du fidéicommis [14].

§ 728. IV. *De la clauso codicillaire.*

1. *Notion* [15].

Ainsi, la confection d'un codicillo ne requiert pas autant de formalités que celle d'un

---

[1] Ainsi, le testateur peut dire : « j'institue pour mon héritier *celui* que je nommerai dans le codicille » Et : « un tel sera mon héritier pour la part que je déterminerai dans le codicille. » fr. 36, 77, D. XXVIII, 5.

[2] § 3, J. II, 25. — fr. 6, § 1, D. XXIX, 7.

[3] Const. 5, C. VI, 36.

[4] Fr. 3, pr. ; fr. 8, § 1 ; fr. 16, D. XXIX, 7.

[5] Fr. 5, D. XXIX, 7.

[6] § 1, J. II, 25.

[7] Fr. 5, § 1, D. XLII, 1. — Const. 13, C. I, 2.

[8] § 3, J. II, 25.

[9] Fr. 8 § 4. D. XXIX, 7.

[10] Lorsque le § 3, J II, 25. dit : « *codicilli nullam solennitatem ordinationis desiderant,* » il ne s'agit que du droit ancien. D'après la disposition générale de la const. 8, § 3, C. VI, 36, l'assistance de cinq témoins est toujours requise, par conséquent aussi dans les codicilles confirmés par testament. Cependant quant à ces derniers, beaucoup d'auteurs pensent qu'aucune solennité n'est requise.

[11] Il n'y a pas de doute que, d'après le § 11, J. II, 10, les légataires et les fidéicommissaires puissent être témoins dans un codicille.

[12] Const. 8, § 3, C. VI, 36. — Il faut observer, pour le codicille d'un aveugle, les mêmes formalites que pour son testament. Const. 8, C. VI. 22.

[13] Const. 28, § 1, C. VI, 23. Ordinairement, on dit que la signature de celui qui fait le codicille n'est pas requise, à cause du fr. 6. § 1, 2, D. XXIX, 8 ; mais ce passage parle du droit ancien.

[14] Const. 32, C VI, 42. — § 12, J. II, 23. — *V.* plus bas, le § 731.

[15] Sam. Stryck. *De clausula codicillari ;* dans ses *Dissert. jurid.* Francof. vol. 1, nº 18. — C. F. Tau-

testament, et quant au contenu, rien n'est aussi important que la nomination d'un héritier direct et la réserve due aux légitimaires dans un testament ; il est donc possible qu'une disposition de dernière volonté qui, d'après l'intention du défunt était destinée à valoir comme testament, conserve néanmoins les conditions nécessaires à un codicille, lorsque celles du testament lui manquent. Dans ces cas, la disposition de dernière volonté continue à subsister, lorsque le testateur a expressément déclaré que, si son testament ne sortissait pas ses effets *comme testament*, il voulait du moins qu'il valût *comme codicille*. Cette déclaration du testateur se nomme aujourd'hui *clause codicillaire* (*clausula codicillaris*) [1].

§ 729. 2. *De son effet.*

Il est superflu d'ajouter cette clause, lorsque toutes les conditions et formalités des testaments ont été observées. Mais, dans le cas contraire, ou bien les formalités nécessaires à un codicille ont été observées, ou elles ne l'ont pas été. Dans ce dernier cas, la clause ne produit aucun effet [2] ; dans le premier cas, au contraire, elle a pour effet de faire considérer le testament comme un codicille, et de laisser subsister, comme fidéicommis, les dispositions qui y sont contenues [3].

Lorsque, dans ces circonstances, il existe un testament antérieur valable, la succession est déférée à l'héritier institué dans ce testament comme héritier direct [4]; mais celui-ci est tenu de la restituer comme succession fidéicommissaire, à celui qui a été institué dans le second testament accompagné d'une clause codicillaire.

Mais lorsqu'il n'existe pas de testament antérieur valable, la succession revient directement aux héritiers *ab intestat*, qui sont tenus de la restituer comme fidéicommis [5]. Dans l'un et dans l'autre cas, l'héritier direct a droit à la *quarta Falcidia* et *Trebellianica* [6].

Du reste, lorsqu'un testament est accompagné d'une clause codicillaire, l'héritier institué a le choix de le reconnaître comme testament ou comme codicille : dès qu'il a choisi, il ne peut plus revenir ; cependant il est permis aux parents institués dans le testament, de même qu'aux descendants agnats du défunt jusqu'au 4e degré et aux descendants cognats jusqu'au 3e degré, qui ont d'abord soutenu la validité de la dernière volonté comme testament, mais qui ont été déboutés de leur action ou qui l'ont retirée, de conserver à cette disposition ses effets, comme codicille. Mais, si dans le principe ils l'ont acceptée comme codicille, ils ne peuvent plus prétendre ensuite de lui faire sortir ses effets comme testament [7].

CHAPITRE II.

DES LEGS ET DES FIDÉICOMMIS PARTICULIERS [8].

§ 730. I. *Notion de legs et de fidéicommis particulier.*

Le testateur qui, en droit romain, voulait laisser une chose à quelqu'un, pouvait le faire de deux manières différentes : par *legs* et par *fidéicommis particulier*, et *legatum fideicommissum singulæ rei* [9]. Le legs était, dans l'ancien droit romain, une disposition faite par le défunt, en termes *impératifs*, pour être ac-

chert, *Diss. de clausula codicillari*. Halæ, 1828. — R. Sickel, *Diss. de vi clausulæ codicillaris in test. nullo*. Lips. 1829.

[1] Fr. 29, § 1, D XXVIII, 1. — Cpr. fr. 88, § 1. D. XXXI. — Const. 8, § 1. C. VI, 38. — Cette clause n'est pas sous-entendue ; c'est ce qui résulte des fr. 1. D. XXIX, 7 et fr. 41, § 3. D. XXVIII, 6, combinés avec le fr. 29, pr. D. XXVIII. 1; excepté dans le testament d'un soldat, fr. 3, D. XXIX, 1.

[2] Si le testateur n'a pas de capacité pour faire une disposition de dernière volonté, la clause est également sans effet. Par le même motif, le testament inofficieux, à cause de l'état de démence du testateur, ne peut subsister au moyen de la clause codicillaire, fr. 13, D. V, 2.

[3] Fr. 2. § 4, D. XXIX, 7. — fr. 88, § 17, D. XXXI.

[4] A cause du § 7, J. II, 17. — fr 2, D. XXVIII, 3. — Const. 27, C. VI, 23.

[5] Const. 29, C. VI. 42. — Cpr. const. 9, 10. C. VI, 21. — Const. 1, C. VI. 36.

[6] Fr. 2, § 4, D. XXIX, 7.

[7] Const. 8, pr. § 1, 2, C. VI, 36.

[8] V. les sources et les écrits indiqués p. 338, note 4. et en particulier : Inst. II, 20. — Dig. XXX, XXXI, XXXII — Code, VI, 37.

[9] En allemand, il y a un seul mot pour comprendre les legs et les fidéicommis : *Vermæchtniss;* ni le latin, ni le français n'ont d'expression équivalente ; les jurisconsultes romains se servent du verbe *relinquere*. fr. 5, pr. D. XXXI. — fr. 14, § 3, D. XXXIV, 1.

quittée par l'héritier *verbis directis et imperativis* [1]. C'est par là et en d'autres points encore que le legs se distinguait du fidéicommis particulier, que le défunt laissait, *en priant* l'héritier ou un légataire de l'acquitter *verbis precativis* [2] ; mais Justinien fit disparaître cette différence, en assimilant les legs aux fidéicommis [3]. Ce que nous dirons donc des premiers s'applique également aux seconds.

§ 731. II. *De l'institution du legs.*

Un legs ou un fidéicommis peut être laissé par tout acte de dernière volonté, par testament aussi bien que par codicille. Il existe en outre une disposition très-remarquable de Justinien [4], d'après laquelle tout legs ou fidéicommis, quoique fait sans aucune forme, oralement ou par écrit, doit sortir ses effets, si celui qui en est honoré peut en fournir la preuve, en déférant le serment à celui qu'il prétend chargé de son exécution. C'est ce que les modernes appellent *legatum s. fideicommissum heredi præsenti injunctum.* Si celui qui est honoré du legs veut en fournir la preuve d'une autre manière, il ne peut prétendre au legs que lorsqu'il a été fait dans un testament ou dans un codicille en règle ; mais il n'y a pas de doute que, dans ce cas aussi, la preuve puisse être fournie par délation de serment.

§ 732. III. *Des personnes qui interviennent dans un legs.*

Relativement aux personnes qui interviennent dans un legs, il faut remarquer :

1. Que celui-là seul peut léguer qui a la faction de testament active [5].

2. Qu'on ne peut honorer d'un legs que celui qui a la faction de testament passive [6].

3. Que tous ceux qui reçoivent quelque chose dans la succession du défunt peuvent être chargés de la délivrance d'un legs [7]. Néanmoins, un légataire ne peut être chargé de restituer lui-même plus qu'il n'a reçu en vertu du testament [8]. Si le testateur ne désigne pas la personne chargée de la délivrance du legs, l'héritier est tenu de l'acquitter, et plusieurs héritiers sont obligés, chacun en proportion de sa part héréditaire, pour les legs qu'ils sont chargés d'acquitter, si le testateur n'a pas spécialement indiqué tel héritier pour payer tel legs [9].

4. Que le testateur ne peut charger l'héritier de se payer un legs *à lui-même* [10]. Ainsi, s'il existe plusieurs héritiers et si le testateur lègue à l'un d'eux quelque chose à prendre sur toute sa succession, par préciput (*prælegatum*) [11], le legs ne consiste réellement qu'en cette partie, que les cohéritiers sont tenus de donner en proportion de la part qu'ils prennent dans la succession ; l'autre partie, que l'héritier devrait se payer à lui-même, en proportion de sa part héréditaire, il la prend comme héritier [12].

§ 733. IV. *De l'objet des legs.*

A. *Généralités.*

Toutes les choses que le légataire peut acquérir peuvent également devenir l'objet d'un

[1] § 1, J. II, 20. « Legatum est donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda. » — fr. 116, pr. D. XXX. « Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. » — fr. 36. D. XXXI.

[2] L'histoire de cette matière seule explique la distinction si importante dans l'ancien droit entre le legs et le fidéicommis particulier. — Cpr. Gajus, II, 191-289. – Ulpien, XXIV, XXV. — Paul, III, 6. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 2.—Gans *Studien zu Gajus*, p. 350 et suiv. — Schweppe, *Rechtsg.* § 490. — G Martin, *Lanx satura discriminum inter legatorum fideicommissorumque species quæ iam obtinentium.* Gœtt. 1787.

[3] Const. 2, C. VI, 43 — § 3, J. II, 20. — fr. 1, D. XXX. — Thibaut, *System*. § 745

[4] Const. 32, C. VI, 42. — § 12, J. II, 23. — Const. 13, C. IV, 1.

[5] Fr. 2, D. XXX. — fr. 114, pr. § 1. D. ibid.

[6] § 24, J. II, 20. — Néanmoins, on peut laisser des aliments à un incapable. fr. 11, D. XXXIV, 1. — A quelle époque le légataire doit-il être capable? *V.* de Schrœter, *Obs. jur. civ.* Jenæ, 1825. obs. 6.

[7] Autrefois, on ne pouvait charger d'un legs que l'héritier. Ulpien, XXIV, 20.

[8] § 1, J. II, 24. — fr. 15, D. XXIX, 7. — fr. 114, § 3, D. XXX. — fr. 1; § 6, D. XXXII. — fr. 1, § 17; fr. 17, § 2, D. XXXVI, 1.

[9] Fr. 33, pr. D. XXXI. — Const. 2, C. IV, 16. — Les fr. 54, § 3; fr. 124, D. XXX; fr. 17, D. XLV, 2, appartiennent spécialement ici.

[10] Fr. 116, § 1, D. XXX. « Heredi a semetipso legatum dari non potest, a coherede potest. »

[11] Pris dans une signification plus étendue, un legs par préciput est un legs que l'un des cohéritiers reçoit d'un autre cohéritier déterminé, et ne diffère en rien d'un legs ordinaire. fr. 34, § 3, D. XXXII.

[12] Gajus, II, 117. Sur les conséquences de ce principe : fr. 76, § 1; fr. 86; fr. 91, D. XXXV, 2. — fr. 18, § 3, D. XXXVI, 1. — fr. 34, § 12, D. XXX. — fr. 75, § 1, D. XXXI. — fr. 116, pr. § 1, D. XXX. — fr. 34, § 1. D. XXXI. — fr. 18, § 2, D. XXXIV, 9. — Sur cette matière, *v.* J. Voorda, *Interpret. et emend. jur. rom.* II. 2-3. — B. G. Pfeiffer, *De prælegatis.* Marb. 1795. — Nettelbladt, *System. Entwickelung der Lehre von den Prælegaten*, ou *Exposé systématique des legs par préciput.* — L. v. d. Pfordten, *Diss. de prælegatis*. Erlang. 1832.

legs [1], si elles ne lui appartiennent pas encore à l'époque où le legs est fait [2] et si elles lui procurent de l'utilité [3]. Lorsque ces conditions existent, on peut léguer :

1° Des choses aussi bien que des actes à prester en faveur du légataire, s'ils sont licites [4].

2° Des choses existantes et futures pourvu qu'il y ait espoir qu'elles existeront un jour [5].

3° Des choses individuelles et des sommes d'argent déterminées (*pars quanta*), ainsi qu'une universalité de choses et une quote-part de toute la succession. Le legs d'une somme déterminée ou d'une quantité de choses fongibles s'appelle *legatum quantitatis* [6]; mais le legs de la quote-part de toute une succession se nomme *legatum partitionis* et le légataire, *partiarius, partiaire* [7] qui, sans être pour cela héritier, a cependant beaucoup d'analogie avec lui. C'est pour cette raison que ni les créances ni les dettes du défunt ne passent à lui; il ne jouit pas du droit d'accroissement, et lorsque le testament devient *destitutum*, parce que l'héritier institué vient à manquer, le legs partiaire est également infirmé. De son côté, l'héritier a le droit de satisfaire le légataire partiaire avec la part de la succession qui lui revient [8]; mais s'il ne le fait pas, l'héritier et le légataire partiaire sont tenus de se donner mutuellement caution, au moyen de la stipulation *partis et pro parte*, qu'ils s'obligent à partager les bénéfices (*lucra hereditaria*) et les charges de l'hérédité (*damna hereditaria*), le tout en proportion de la part de chacun [9].

4° On peut léguer non-seulement ses propres choses, mais également celles qui appartiennent soit à l'héritier [10], soit à un tiers; celles-ci doivent alors être achetées par celui qui est chargé de la délivrance du legs, et être remises au légataire; s'il n'est pas possible de les acheter, il doit en donner la valeur; mais il est requis que le testateur ait su que la chose qu'il léguait appartenait à autrui; car s'il l'ignorait, le legs est en général nul [11].

5° Enfin, les choses corporelles aussi bien que les choses incorporelles peuvent faire l'objet du legs.

§ 734. B. *Du legs de choses incorporelles.*

Parmi les legs de choses incorporelles, il faut ranger en particulier :

1° Le legs d'une créance, *legatum nominis*, lorsque le testateur lègue une créance que lui ou son héritier a à charge d'un tiers [12]. Ce legs a pour effet d'obliger l'héritier à céder au légataire l'action du défunt; car toutes les actions héréditaires sont activement et passivement transmises à l'héritier. Lorsque la créance n'existe pas, ou lorsqu'elle a cessé d'exister du vivant du testateur, par exemple, lorsqu'il en a été payé, le legs est nul, à moins que la créance n'ait été désignée *demonstrationis causa* [13].

2° Le legs de libération, *legatum liberationis*, lorsque le testateur lègue à quelqu'un ce que celui-ci doit soit à lui-même, soit à un tiers [14].

[1] § 4, J. II, 20 comb. avec le fr. 49, § 2, D. XXXI, et le fr. 41, § 1, D. XXX. — C. E. Francke, *De legato rei commercio exemtæ*. Viteberg. 1788. — J. C. C. Glück, *Comm. ad fr.* 49. § 2. *D. leg. II.* Erlang. 1817.

[2] § 10, J. II, 20; à moins que le testateur ne lui ait expressement légué la chose pour le cas où il l'aliénerait. fr. 41, § 2, D. XXX. — fr. 1, § 2. XXXIV, 7.

[3] Arg. § 14, J. II, 20. — fr. 114, § 14, D. XXX.

[4] Fr. 12, D. XXXII. — fr. 112, § 3, D XXX.

[5] § 7, J. II, 20. — fr. 24, pr. D. XXX — fr. 17, D. XXXII.

[6] Fr. 34, § 3, 4, D. XXX. — Dig. XXXIII, 6.

[7] Ulpien, XXIV, 25. — J. Voorda, *Diss. de legato partitionis*, et *Comm. ad Leg. Falc.* p. 430. — J. L. Gonradl, *Diss. de legato partitionis*. Lips. 1756.

[8] Fr. 26, § 2; fr. 27, D. XXX. — fr. 32, § 8, D. XXXIII, 2.

[9] Ulpien, XXV, 14. 15. — § 5, J. II, 23. Il en est autrement en droit nouveau, d'après la disposition de Justinien qui a assimilé les legs aux fidéicommis; car le legataire partiaire doit être considéré comme successeur universel, et les stipulations *partis et pro parte* ne sont plus nécessaires.

[10] L'héritier doit les prester et ne peut s'affranchir en offrant leur prix. fr. 71, § 4, D. XXX. — Const. 25, C. VI, 42.

[11] § 4, J. II, 20. — § 1, J. II, 24 — Const. 10, C. VI, 37. — fr. 57, D. XXX. — Sur le cas où le légataire acquiert du vivant du testateur une chose que celui-ci lui a leguee, v. le § 6. J. II, 20; sur le legs de la chose d'autrui en général. v. G. Majansius, *Diss. de legato rei alienæ : Disput. juris*, t. 1, n. 20. — J. A. C. Warneyer, *Diss. de legato rei alienæ quæ est res tertii*. Halæ, 1788. — C. A. Gottschalk, *Diss. de legato rei alienæ*. Dresd. 1800.

[12] § 21. J. II, 20. — fr. 44, § 6, D. XXX.

[13] § 21. J. II, 20. — fr. 75, § 1. 2, D. XXX. — Cpr. fr. 96 pr. D. ibid. — fr. 27, § 2, D. XXXII. — Haubold, *De legato nominis*. Lips. 1793, dans ses *Opusc. acad.* ed. Wenck, vol. 1, p. 497. — Qu'est-ce que le *calendorium* et l'*actio calendarii?* fr. 39, § 14, D. XXVI, 7.

[14] § 13, J. ibid. — Cpr. fr. 3, § 3; fr. 25. D. XXXIV, 3. — Ev. Otto, *Diss. de liberatione ab indebito legato*; dans OErichs *Thes.* vol. III, t. II, p. 331. — Sur le fr. 25, D. XXXIV, 3 en particulier : Averanius, *Interpret.* V, 22. — Cujas, *ad L.* 25, *D. de liberat. leg.* in lib. X, *Quæst. Pauli*; dans ses *Oper. post.*

3° Le legs d'une dette, *legatum debiti*, lorsqu'on lègue à son créancier ce qu'on lui doit; ce legs n'est valable que lorsqu'il est utile au légataire [1].

4° Le legs d'une servitude personnelle ou réelle (§ 321) [2].

5° Le legs d'un droit de gage ou d'hypothèque (§ 343) [3].

6° Le legs d'une rente annuelle ou à payer à des époques fixes, *legatum annuum* [4], qui a cela de particulier, que chaque terme doit être considéré comme un legs à part [5].

§ 735. C. Legatum speciei et generis.

Lorsque la chose qui fait l'objet d'un legs est déterminée quant à son individu, le legs s'appelle *legatum speciei*; lorsqu'au contraire elle n'est déterminée que quant à son genre, le legs prend le nom de *legatum generis* (§ 154). Le legs d'une chose précisée d'après son genre, est nul, si le genre est tellement général, qu'il comprend également des choses sans utilité et si le défunt ne laisse aucune chose du genre légué [6]. Mais lorsque la succession renferme des objets du genre légué, le droit de choisir appartient à celui auquel le testateur l'a conféré. Si le légataire lui-même a ce droit, le legs se nomme *legatum optionis s. electionis*, et le légataire peut choisir la meilleure chose; lorsqu'au contraire l'héritier a l'option, il ne peut donner la plus mauvaise chose [7]. Si le testateur n'a donné le droit de choisir ni à l'un ni à l'autre, le légataire profite du choix, si le legs est de nature à produire une action réelle, et l'option appartient à l'héritier, si le legs ne donne lieu qu'à une action contre lui, comme en général le débiteur a l'option en matière d'obligations. Mais, dans le premier de ces deux cas, le légataire ne peut choisir la meilleure chose, et dans le second, l'héritier ne peut le forcer d'accepter la plus mauvaise [8].

§ 736. V. *De la modalité des legs.*

Un legs peut être laissé de différentes manières : il peut l'être purement et simplement, mais aussi sous condition; toutes les conditions, même celles qui sont résolutives, peuvent être imposées, à l'exception des conditions captatoires, prohibées dans les legs, aussi bien que dans les institutions d'héritier [9]. D'un autre côté, il est permis de charger l'héritier ou une personne honorée par le testament, de la délivrance d'un legs à titre de peine, pour le cas où il ne ferait pas telle bonne action ou n'omettrait pas telle mauvaise, *legatum pœnæ nomine ad coercendum heredem relictum* [10]. On peut également léguer à terme (*sub die*), sans distinguer si le terme est incertain et s'il est ajouté pour servir de commencement ou de fin au droit du légataire [11]; enfin, rien n'empêche de léguer en indiquant une cause, un mode ou une désignation, *sub causa, sub modo, sub demonstratione* [12]. La question de savoir si l'on peut faire dépendre un legs de la volonté d'un tiers est très-disputée en droit romain [13]; ce qu'il y a

1. II. p. 1141. — L. Arndts, *Diss. ad. L. 25, D. de liberatione legata*. Berol. 1825.

[1] § 14, 15, J. ibid. — fr. 4, D. XXXVII, 7. — fr. 84, § 6, D. XXX. — fr. 82, pr.; fr. 85, D. XXXI. — Const. un. § 3, C. V, 13. — J. G. Müller, *De legato debiti*. Lips 1788.

[2] § 1, J. II, 4. — § 4, J. II, 3. — Dig. XXXIII, 2 et 3. — M. G. Bauer, *Diss. de legato ususfructus*. Lips. 1793. — Lorsque la propriété d'une chose a été léguée à l'un et l'usufruit à l'autre, le fr. 19. D. XXXIII, 2. prescrit que le droit d'usufruit sera partagé entre les deux; mais ce point a été changé par la const. 23, C. VI, 37. — G. Francke, *Observat. de jure legator. et fideicom*. Jenæ, 1832. Obs 2.

[3] Fr. 26 pr D. XIII, 7.

[4] Dig. XXXIII, 1. — Sur le legs d'aliments : Dig XXXIV, 1. — Sur le legs annuel : C. G. Kœster, *Diss. sistens quædam e materia de annuis legatis*. Kil. 1819.

[5] Fr. 10, C. XXXVI, 2. — fr, 4, D. XXXIII, 1. — *V*. plus loin, le § 737.

[6] Fr. 71, pr. D. XXX. — fr. 69, § 4, D. XXIII, 3.

[7] § 23, J. II, 20. — fr. 2, D. XXXIII, 5. — fr. 110, D. XXX. — J Voorda, *Interpret. et emend. jur. rom.* 1, 9. G. C Gebauer. *Tit. Dig. de optione legato illustratus*, Gœtt. 1747, et dans ses *Exercit. acad.* t. I, p. 405. — P. C. G. Andreæ, *Diss. de legato optionis*. Lips. 1798.

[8] § 22, J. II. 20 — Cpr. fr. 20; fr. 37, pr.; fr. 108, § 2, D. XXX. — fr. 2, § 1, D. XXXIII, 5. — G. Francke, *Observ. de jure legatorum et fideicommissorum*. Jenæ, 1832. Obs. 1.

[9] Fr. 64, D. XXX.

[10] § 36, J. II, 20. — Dig. XXXIV, 6. — Const. un. C. VI, 41. — Ulpien, XXIV, 17. — Gajus, II, 235. — J. G. Sammet, *Diss. de legatis pœnæ nomine*. Lips. 1748. — G. Majansius, *Disp. Jur. civ.* II, disp. 42. — G. B. Becmann *Diss. de legatis pœnæ nomine relictis*. Halæ. 1748. — P. Mercus, *Diss. de legatis pœnæ nom. relictis*. Lugd.-Bat. 1807. — Gœscheo, *Observ. jur. rom.* Obs. 3.

[11] On peut donc léguer *ex die certo* et *ad diem*, ce qui n'est pas admissible dans l'institution (§ 677). Le *dies incertus a quo* est en général regardé comme condition : fr. 75, D. XXXV, 1. — fr. 4, pr; fr. 21, pr.; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2. — fr. 49, § 1-3, D. XXX, excepté, si l'on n'en fait pas dépendre le droit sur le legs lui-même, mais que la délivrance n'en doit être faite que *die existente*. Const. 3, 5. C. VI, 53.

[12] Dig. XXXV, 1. — Sur la cause : § 31, J. II. 20. — fr. 17, § 2, 3; fr. 72, § 8, D. XXXV, 1. — Sur le mode : fr. 17, § 4. ibid.

[13] Cpr. fr. 43, § 2; fr. 75, pr. D. XXX. — fr. 1,

de certain, c'est qu'on ne peut faire dépendre un legs de la volonté de l'*héritier*, de manière qu'il dépende uniquement de lui de l'acquitter [1].

§ 737. VI. *De l'acquisition des legs.*

A. Quando dies legati cedit et venit?

Les deux expressions suivantes : *dies legati cedit* et *dies legati venit*, doivent être remarquées en examinant l'acquisition et la demande en délivrance du legs. *Dies legati cedit*, veut dire : le légataire a acquis le droit sur le legs, de manière à le transmettre dès ce moment à ses héritiers. *Dies legati venit*, signifie : le légataire a le droit d'exiger la délivrance du legs [2].

Pour résoudre la question : *Quando legati cedit aut venit*, il faut distinguer :

1° Le droit sur le legs laissé purement et simplement, auquel on assimile, sous ce rapport, le legs *sub modo*, *sub conditione resolutira*, *in diem* et *ex die certo*, est acquis par le légataire, au moment de la mort du testateur [3], à moins qu'il ne soit de nature à ne pas se transmettre aux héritiers du légataire ; par exemple, le legs d'un usufruit ; le droit sur un pareil legs n'est acquis que du moment où l'héritier fait adition d'hérédité [4]. Mais l'on ne peut intenter d'action en délivrance d'un legs qu'après que l'héritier a fait adition d'hérédité, et dans le cas où le legs est laissé *ex die certo*, que lorsque le jour est arrivé [5].

2° L'acquisition du droit du légataire, lorsque le legs a été laissé sous condition suspensive, ou à partir d'un terme encore incertain, dépend de l'avénement de la condition ou du terme [6], excepté lorsqu'on n'a pas fait dépendre du terme le droit sur le legs lui-même, mais seulement la délivrance [7]; dans tous les cas, le légataire ne peut exiger le legs que lorsque l'héritier a fait adition d'hérédité [8].

3° Dans le legs annuel, *legatum annuum*, laissé purement et simplement, le premier terme est acquis au moment de la mort du testateur et chacun des termes suivants, lorsque le légataire survit au moment où il arrive ; le terme est alors acquis en entier et se transmet aux héritiers du légataire [9].

§ 738. B. *De l'acquisition des droits qui font l'objet du legs.*

Il ne faut pas confondre l'acquisition des droits qui font l'objet du legs, avec l'acquisition du droit sur le legs, dont sa transmission dépend. Le légataire acquiert le droit sur le legs, dès que le *dies legati cedit* ; il l'acquiert de plein droit, même à son insu et sans qu'il ait besoin de l'accepter [10] ; il lui est également facultatif de renoncer au legs ; il est alors considéré comme s'il n'y avait jamais eu de droit [11]. Quant à l'acquisition des droits que le legs doit procurer au légataire, il faut distinguer les cas suivants :

1° Le légataire n'acquiert en général la propriété de la chose léguée que par la tradition qui lui en est faite par l'héritier, et il ne devient propriétaire de plein droit, dès le moment de l'adition d'hérédité, que dans le legs d'une *species* appartenant en propriété au défunt [12].

2° Il acquiert également de plein droit, dès que la succession est acceptée, le *jus in re* qui lui a été légué sur une chose appartenant au testateur.

3° Mais il n'acquiert la créance léguée que par une cession faite par l'héritier ; cependant il a une action utile sans cette cession [13].

4° Enfin, si le legs comprend une quote-part de la succession, il n'a également qu'une

---

D. XXXI. — fr. 11, § 7, D. XXXII. — fr. 52, D. XXXV, 1. — fr. 46, pr. § 1-3, D. XL, 3. — Glück, *Comm.* 33e partie, § 1406.

[1] Pr. 43, § 2. D. XXX. — fr. 46, § 4, D. XL. 5. Le motif en est qu'on ne peut faire dépendre de la volonté d'un débiteur de payer sa dette. fr 8, D. XLIV, 7. — fr. 17; fr. 46, § 3; fr. 103, § 1. D. XLV, 1.

[2] Dig. XXXVI, 2. — Code, VI, 53. — fr. 213, pr. D. L, 16. « *Cedere* diem significat, incipere debere pecuniam : *venire* diem significat, cum diem venisse, quo pecunia peti possit. » — fr. 5, pr. D. XXXVI, 2. « Si post diem legati cedentem legatarius decesserit, ad heredem suum transfert legatum. »

[3] Fr. 5, § 1; fr. 21, pr. D. ibid. — Const. un. § 1, 5 C. VI, 51.

[4] Fr. 2. 3, 8. D. XXXVI, 2. — fr. un. § 2. D. VII, 3. — Le legs du travail d'un esclave ou d'un animal, *legatum operarum servi et animalis*, fait exception. fr. 2, D. XXXIII, 2. *V.* plus haut, le § 318.

[5] Fr. 32, pr. D. XXXI. — fr. 21, pr. D. XXXVI, 2.

[6] Fr. 5, § 2, D. ibid — Const. un. § 7, C. VI, 51. — fr. 1, § 14, D. XXXVI, 3. — fr. 4. pr.; fr. 21, pr.; fr. 22, pr. D. XXXVI, 2. — fr. 49. § 1-3, D. XXX.

[7] Const 3, 5, C. VI, 53.

[8] Fr. 32, pr D. XXXI.

[9] Fr. 4; fr. 8, D. XXXIII, 1. — fr. 12, pr. § 1; fr. 23, D. XXXVI, 2.

[10] Fr. 81. § 6, D. XXX. — fr. 75, § 1; fr. 80, D. XXXI. — Const. 6. C. VI, 53. A moins qu'il ne lui ait été laissé expressément sous la condition *si volet*: il ne l'acquiert alors que lorsqu'il s'est déclaré. fr. 65, § 1, D XXX. — fr 69, D. XXXV, 1.

[11] Fr. 44, § 1; fr. 38, § 1; fr. 86, § 2. D. XXX.— Il ne peut accepter ou refuser en partie. fr. 38, pr. D. ibid. — fr. 4, 58, D XXXI.

[12] Fr. 80. D. XXXI. — fr. 64, D. XLVII, 2.—fr. 69, pr.; fr. 86, § 2, D. XXX. — fr. 26, pr. D. XXXIII, 2

[13] § 21, J. II, 20.—fr. 44, § 6; fr. 75, § 2, D. XXX

action contre l'héritier en délivrance de la quotité léguée (§ 733) [1].

§ 739. C. *Des actions qui compètent au légataire.*

Lorsque le légataire a acquis le droit au legs et lorsque le jour est arrivé où il peut en demander la délivrance, la loi lui donne les actions suivantes :

1° Une action personnelle contre l'héritier, qui naît comme d'un contrat par l'acceptation de la succession de la part de ce dernier ; elle tend à la prestation du legs, et s'appelle *actio legati*, ou, lorsque l'héritier est testamentaire, *actio personalis ex testamento* [2].

2° L'action hypothécaire, à cause de l'hypothèque légale qu'il a sur la part héréditaire de celui qui est chargé d'acquitter le legs ; cette action, destinée à garantir son droit, lui compète contre tout possesseur de la portion héréditaire [3].

3° L'action en revendication et l'action confessoire, *rei vindicatio et actio confessoria*, lorsque le legs a pour objet une chose appartenant en propriété au testateur, ou une servitude sur cette chose ; cette action est donnée contre tout possesseur [4].

4° Lorsqu'on a légué *sub conditione* ou *sub die*, ou lorsque le légataire ne peut demander le legs par un motif quelconque, par exemple, parce qu'il y a contestation, il peut exiger que celui qui doit acquitter le legs donne par fidéjusseurs la *cautio legatorum servandorum*, et, si cette caution n'est pas fournie, il y a lieu à un envoi en possession [5].

D'un autre côté, l'héritier a contre le légataire qui s'est arbitrairement mis en possession du legs avant qu'il n'en ait pris possession lui-même, l'interdit *quod legatorum* qui tend à faire restituer le legs [6].

§ 740. D. *Du droit d'accroissement entre colégataires* [7].

Lorsque la même chose doit être prestée par le même héritier à plusieurs personnes [8], celles-ci se nomment, eu égard à cette chose, *colégataires, colegatarii*, et un droit d'accroissement s'opère entre elles ; néanmoins, il n'a pas lieu, lorsque le testateur a usé de la faculté de le défendre expressément [9], et lorsque l'un des colégataires ne vient à manquer qu'après avoir acquis le droit au legs, il transmet sa part à ses héritiers [10]. Il faut ensuite examiner la manière dont les colégataires sont unis dans l'institution. Lorsqu'un *mixtim conjunctus* fait défaut, sa part n'accroît qu'à ceux qui sont *conjuncti* avec lui ; lorsqu'au contraire un *disjunctus* vient à manquer, elle accroît à tous les autres *disjuncti* et *mixtim conjuncti* en proportion de leur première part [11]. Les *verbis conjuncti* ne jouissent d'aucun droit d'accroissement [12]. Le *disjunctus* ne peut éviter l'accroissement ; mais il a lieu chez lui *sine onere* de la portion qui accroît ; quant au *mixtim conjunctus*, il dépend de sa volonté d'accepter la portion vacante ; mais elle accroît

[1] Fr. 26, § 2; fr. 27, D. XXX. — fr. 32, § 2, D. XXXIII, 2.

[2] § 3, J. III, 27 (28). — § 2, J. II, 20. — fr. 69, § 5; fr. 82, pr. D. XXX. — fr. 29, § 3, D. XXXII. — fr. 75, D. XXXV, 2.

[3] Const. 1, C. VI, 43.

[4] Const. 3, § 2, C. ibid.

[5] Dig. XXXVI, 3, 4. — Code, VI, 54.

[6] Dig. XLIII, 3. — Code, VIII, 3.

[7] Sur l'ancien droit : Gajus, II, 199, 205-208, 215, 223, 286. — Ulpien, XXIV, 12, 13. — Gœschen, *Obs. jur. rom.* p. 1. — Sur le droit nouveau : § 8, J. II, 20. — Code, VI, 51. — Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 21. —P. J. Heisler, *De jure accrescendi in legatis* ; dans ses *Exerc. acad.* Halæ, 1776. n° 7. — A. C. Holtius, *Analyse historique du droit d'accroissement entre légataires d'après le droit romain, les lois de Justinien, et les principales législations modernes de l'Europe.* Liége, 1850.

[8] Car, si la même chose a été laissée à plusieurs personnes par différents héritiers, ces personnes ne sont pas à considérer comme colégataires, et il n'y a pas de droit d'accroissement ; le legs devenu vacant reste à l'héritier qui devait le délivrer. fr. 11, D. VII, 2.

[9] Parce qu'ici il n'est pas empêché, comme dans l'institution d'héritier, par la règle : nemo pro parte testatus, etc. *V.* plus haut, le § 724.

[10] Il y a exception pour l'usufruit légué ; car, dans ce cas, la part du défaillant accroît à son colégataire, même lorsqu'il l'avait déjà acquise. Dig. VII, 2. — Fragm. vat. § 79-89. — H. a Suerin, *Quæst. de usufr. accres.* ; dans Otto, *Thes.* t. IV, p. 98. — J. C. Merten, *Diss. de usufructu accrescendo.* Erford. 1773. — C. G. Biener, *Ad L. 10, D. de usufr. accr.* Lips. 1824 et dans ses *Opusc.* ed. Fr. A. Biener, vol. II, n° 94. — A. F. E. Lelièvre, *Diss. de usufr. accrescendo.* Lovanii, 1827. — H. Heimsœth, *Dissert. de usufructu accrescendo in jure romano.* Coloniæ, 1831.

[11] § 8, J. II, 20. — Const. un. § 11, C. VI, 51. — fr. 88, D. XXXII. — fr. 41, pr. D. XXXI.

[12] Fr. 11, D. VII, 2. — Le fr. 89, D. XXXII, paraît dire le contraire, mais ce passage ne parle pas du droit d'accroissement ; il donne seulement un privilége aux *legatarii* patres *conjuncti* sur l'héritier, d'après les dispositions de la loi Julia et Papia Poppæa. C'est ce qui résulte de l'inscription de ce passage et surtout de Gajus, II, 207. — *V.* Holtius, p. 9-19. — Le droit d'accroissement a encore moins lieu entre les légataires auxquels on a donné une part déterminée et réelle de la même chose. fr. 1, pr. D. VII, 2. — fr. 84, § 12, D. XXX.

cum suo onere [1]. Enfin, lorsque celui qui n'a pas de colégataire refuse le legs qui lui a été laissé, l'héritier qui devrait le délivrer le conserve [2].

§ 741. VII. *De la loi Falcidie.*

A. *De son contenu.*

La loi Falcidie (an de Rome 714) apporta des restrictions importantes à la liberté du testateur de grever sa succession de legs. Cette loi ordonna que personne ne pourrait donner en legs plus des trois quarts de ses biens, de sorte que l'héritier devait jouir au moins d'un quart de la succession, et qu'il avait le droit, dans le cas où le testateur agissait contrairement à cette disposition, de réduire les legs proportionnellement, pour compléter ce quart [3]. Il est aujourd'hui appelé *quarta Falcidia*, tandis que les Romains le nommaient simplement *Quarta* ou *Falcidia* [4].

§ 742. B. *A qui compète-elle?*

La quarte Falcidie appartient :

1° A tout héritier direct, testamentaire ou *ab intestat* [5]; mais le légataire et le fidéicommissaire grevés de legs et de fidéicommis n'en profitent pas [6].

2° Lorsqu'il existe plusieurs cohéritiers, la loi Falcidie s'applique sur la portion de chaque héritier séparément, et lors même que les biens pris en masse ne seraient pas trop grevés [7]; mais lorsque l'un des cohéritiers vient à manquer et que sa portion accroît aux autres, il y a lieu à résoudre la question suivante : la quarte Falcidie doit-elle être computée pour chaque portion en particulier ou pour toutes les parts ensemble? *Utrum separetur an confundatur legatorum ratio?* Il faut examiner si la portion grevée accroît à celle qui ne l'est pas, ou *vice versâ*, ou si les deux parts sont grevées. Dans le premier cas, les deux parts sont séparées et la quarte est déduite de la portion grevée seule; dans le second cas, les deux parts ne sont comptées que pour une seule, et la quarte est déduite sur le tout; dans le troisième cas, la quarte est déduite de chaque portion [8].

3° Lorsque des légitimaires sont grevés de legs, de manière que la légitime ne leur reste pas même, les legs doivent être réduits jusqu'à concurrence de la légitime [9].

§ 743. C. *De quoi la décompte-t-on?*

En général, tous les legs, les fidéicommis particuliers et les donations à cause de mort sont soumis à réduction [10], mais non les donations entre vifs [11], à moins qu'elles ne deviennent valables et exécutoires qu'après la mort du testateur [12]. La réduction doit aussi être faite proportionnellement sur tous les legs, si le testateur n'a expressément déterminé celui ou ceux sur lesquels la réduction doit être au besoin opérée [13].

§ 744. D. *De sa computation.*

La quarte Falcidie doit être computée de la manière suivante :

1. Pour déterminer si un héritier a en général le droit de réduire les legs pour parfaire la quarte Falcidie, il faut examiner la quotité

---

[1] Const. un. § 11, C. VI, 51.

[2] Fr. 44, § 1, D. XXX. — fr. 15, D. XXXIV, 5. — Const. un. § 11, C. VI, 51.

[3] Gajus, II, 224 suiv. — Ulpien, XXIV, XXXII. — Paul, III, 8. — Dig. XXXV, 2, 3. — Code, VI, 50. — Nov. 1, ch. 2. — Théophile, sur les Inst. II, 22. — J. Voorda, *Comment. ad. leg. Falc.* Traj. ad Rhen. 1730. — Sur l'ancien droit, surtout sur la *Lex Furia* et la *Lex Voconia*, v. Schrader, *Ueber die Lex Furia*, dans le *civ. Mag.* de Hugo, t. V, p. 162. — M. Kind, *De lege Voconia*. Lips. 1820. — Savigny, *Ueber die Lex Voconia*, dans les *Diss. de l'Académie des sciences de Berlin*, année 1820. — Hasse, *Ueber die Lex Voconia*, dans le *Musée Rhénan pour la jurisp. hist.* 3e année, p. 183.

[4] *V.* en général : Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 22-27.

[5] La loi Falcidie n'attribuait ce droit qu'aux héritiers testamentaires, soit institués, soit substitués; mais le fr. 18, pr. D. XXXV, 2, l'accorde également aux héritiers *ab intestat*.

[6] Fr. 47, § 1, D. ibid. Le motif est : « cum semel adita est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur. » fr. 55, § 2; fr. 22, § 5, D. XXXVI, 1. — Cependant si l'héritier réduit la portion du légataire, celui-ci a aussi le droit de réduire proportionnellement le legs qui lui est imposé à lui-même; mais cette règle ne doit pas s'entendre dans ce sens, qu'il aurait un droit sur la quarte Falcidie. fr. 32, § 4, D. XXXV, 2.

[7] § 1, J. II, 22 : « —— etenim in singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est. » — fr. 77, D. XXXV, 2. — J. Becht de Bernstorff, *Diss. de ratione legis Falcidiæ in singulis heredibus ponenda*. Gœtt. 1754.

[8] Fr. 78, D. ibid. — Cpr. fr. 1, § 13, 14; fr. 11, § 7, 8; fr. 87, § 3, 5; fr. 14, § 2; fr. 21, § 1; fr. 25, pr. D. ibid.

[9] Const. 20, C. VI, 50. — Const. 24, C. III, 36. — Nov. 1, ch. 1, § 1.

[10] Const. 2-5, C. VI, 50.

[11] Fr. 27, D. XXXIX, 6.

[12] Const. 12, C. ibid. — Const. 2, C. VIII, 57.

[13] Fr. 88, § 2; fr. 64, D. XXXV, 2.

de la succession au moment de la mort du testateur. Si la succession n'était pas grevée à cette époque, les légataires ne doivent subir aucune réduction, lors même que, par la suite, des cas fortuits auraient diminué la succession de manière à entamer la quarte de l'héritier ; mais d'un autre côté, ils sont tenus de se soumettre à la réduction, même lorsque la succession a joui dans la suite d'un accroissement qui complète la quarte de l'héritier, grevée dans le principe [1].

2. La quarte doit être calculée d'après les biens du défunt, déduction faite des dettes, des charges de la succession, ainsi que des frais d'inhumation du défunt et d'inventaire de la succession [2].

3. L'héritier ne doit computer que ce qu'il reçoit en qualité d'*héritier*, et nullement ce qui lui revient comme *légataire ;* ainsi, lorsqu'il est honoré d'un legs par preciput, il ne comprend dans la quarte que la part qu'il devrait se payer à lui-même [3].

4. Lorsque des revenus viagers, dont la valeur ne peut se déterminer exactement par l'incertitude de la durée de la vie du légataire, font l'objet du legs, par exemple, un legs annuel, un legs d'aliments ou d'un usufruit (*legatum annuum, alimentorum, ususfructus*), il faut examiner si celui qui profite d'une pareille disposition est seul légataire, ou s'il en existe encore d'autres. Dans le premier cas, on est tenu de lui payer le legs en entier, jusqu'à ce que les paiements successifs aient entamé la quarte ; alors ils doivent être réduits [4]. Dans le second cas, il faut immédiatement parfaire la quarte et opérer la réduction du legs ; celle-ci doit être faite en proportion de l'âge du légataire et de la présomption de la durée de sa vie [5]. Le legs est alors considéré comme un tout qu'il faut réduire pour donner la quarte à l'héritier, et qui doit être divisé selon le nombre présumé d'années que le légataire aura encore à vivre.

§ 745. E. *Dans quels cas elle n'a pas lieu.*

Le droit de retenir la quarte Falcidie n'a pas lieu :

1° En général :

a) Dans le testament d'un soldat, lorsqu'il a testé *jure militari* [6].

b) Lorsque l'héritier n'a pas accepté la succession sous bénéfice d'inventaire [7].

c) Lorsque le testateur a expressément ou tacitement défendu la retenue de la quarte, ce que l'ancien droit ne permettait pas [8]. Mais Justinien lui accorda cette faculté [9] ; c'est ainsi que le testateur pouvait ordonner à son héritier de restituer *toute* la succession.

d) Lorsque l'héritier a expressément ou tacitement renoncé à ce droit [10].

2° Dans quelques legs, que l'on pourrait appeler, par ce motif, legs privilégiés :

a) Le legs fait en faveur d'institutions de bienfaisance [11].

b) Le legs d'une chose dont le testateur a défendu l'aliénation [12].

c) Le legs d'une dette, en tant que le légataire a le droit d'exiger au moins le montant de sa créance [13].

d) Tout legs qui doit compter pour faire la légitime [14].

---

[1] § 2, 3, J. II, 22. — fr. 73, pr. D. XXXV, 2.

[2] § 3, J. ibid. — fr. 1, § 19 ; fr. 36, § 2 ; fr. 72, D. XXXV, 2. — Const. 6, pr. C. VI, 50.

[3] Fr. 74 ; fr. 76, pr. § 1 ; fr. 86 ; fr. 91, D. XXXV, 2.

[4] Fr. 47, pr. D. XXXV, 2.

[5] Fr. 55 ; fr. 68, pr. D. ibid. Ce dernier passage renferme une double computation de la durée présumée de la vie de l'homme :

1. Lorsque quelqu'un est âgé de moins de 20 ans, on compte qu'il vivra probablement encore 30 ans ; de 20 à 25, 28 ans ; de 25 à 30, 25 ans ; de 30 à 35, 22 ans ; de 35 à 40, 20 ans ; de 40 à 50, ce qu'il faut pour parfaire 59 ans ; de 50 à 55, 9 ans ; de 55 à 60, 7 ans ; au delà de 60, 5 ans.

2. Mais on remarque aussi qu'il est plus ordinaire d'admettre que celui qui est âgé de 30 ans vivra probablement encore 30 ans, et que celui qui est âgé de plus de 30 ans, vivra autant d'années qu'il faut pour parfaire 60 ans. — F. A. Schmelzler, *De probabilitate vitæ* Gœtt. 1788. — Un auteur prétend que, dans le legs d'aliments et dans le legs annuel, la computation doit être faite d'après n° 1 ; dans le legs d'usufruit au contraire, d'après n° 2.

[6] Const 7, C. VI, 50. — fr. 17, 92, 96, D. XXXV, 2.

[7] Const. 22, § 14, C. VI, 30. — Nov. 1, ch. 2, § 2.

[8] Fr. 15, § 1 ; fr. 27, D. XXXV, 2. — fr. 81, § 4, D. XXX. — Const. 11, 18, C. VI, 50.

[9] Nov. 1, ch. 2, § 2.

[10] Fr. 46, 71, D. XXXV, 2. — Const. 19, C. VI, 50. — On regarde comme renonciation tacite, lorsqu'il acquitte un legs soit sciemment, soit par erreur de droit. Const. 9, C. ibid. — Cpr. cependant le fr. 16, D. XXXV, 2 et la Nov. 1, ch. 3.

[11] D'après l'ancien droit, le legs *ad pias causas* subissait la réduction ; c'est ce qui résulte du fr. 1, § 5, D. XXXV, 2 et de la const. 49, C. I, 3, mais la Nov. 131, ch. 12, l'affranchit de la réduction. *V.* Auth. *Similiter,* C. VI, 50.

[12] Nov. 119, ch. 11. — Auth. *Sed et,* C. VI, 50.

[13] Fr. 1, § 10, D. XXXV, 2. — Cpr. fr. 1, § 12, D. XXXIII, 4. — fr. 81, § 1, 2, D. XXXV, 2. — fr. 28, § 1, D. XXX.

[14] Fr. 87, § 3, D. XXXI. — Const. 36, pr. C. III, 28. — Il faut en dire autant de la portion de la veuve indigente.

e) Enfin tout legs que l'héritier a voulu soustraire [1]. Du reste, lorsqu'il existe des legs privilégiés et des legs non privilégiés, la perte doit être supportée par l'héritier et nullement par les légataires non privilégiés ; l'héritier reçoit en moins la portion que les legs privilégiés auraient dû donner pour compléter la quarte, s'ils y avaient été tenus [2].

§ 746. VIII. *De l'infirmation des legs.*

Un legs peut être invalide dès l'origine, ou le devenir par la suite [3].

A. Il est nul dès l'origine :

1° Lorsqu'il a été laissé par une personne incapable ou à un incapable.

2° Lorsqu'il y a un vice dans son institution.

3° Lorsque la chose léguée ne peut être l'objet d'un legs. Un pareil legs, invalide dès l'origine, ne devenait pas valable d'après la règle catonienne [4], lors même que le motif d'invalidité disparaissait par la suite [5].

B. Un legs peut être infirmé par la suite :

1° Par *ademtio*, c'est-à-dire si le testateur le révoque [6]. Une telle révocation n'exige aucune solennité [7] ; elle peut être faite par écrit ou oralement, et l'intention de révoquer se manifeste non seulement par des expressions formelles, mais aussi par des actes dont on peut l'induire tacitement. La révocation est tacite lorsque le testateur efface le legs, lorsqu'il détruit la chose léguée ou la transforme en une nouvelle espèce, différente de la première (spécification), ou lorsqu'il l'aliène sans nécessité, ou en fait donation entre vifs à une autre personne [8]. Il est même quelques cas dans lesquels la révocation est présumée, notamment lorsqu'une inimitié s'élève entre le testateur et le légataire, ou lorsque le testateur adresse des injures à celui qu'il a honoré d'un legs [9].

2° Par *translatio* ; on entend par là toute modification qu'un testateur fait subir à un legs [10]. Ainsi :

a) Lorsqu'il lègue une chose autre que celle qu'il avait d'abord léguée.

b) Lorsqu'il charge une autre personne de la délivrance du legs.

c) Lorsqu'il lègue à une personne la chose qu'il avait d'abord léguée à une autre.

d) Lorsqu'il change la modalité du legs [11]. Toute translation de legs emporte révocation du legs et création d'un nouveau. C'est pour cette raison qu'il exige toutes les solennités requises pour l'institution d'un legs ; car autrement le legs serait révoqué sans être suivi de translation, et ni le premier ni le second legs ne serait valable [12].

3° Dans plusieurs cas, un legs est infirmé même sans la volonté du testateur ; il s'appelle alors *legatum extinctum*. A ces cas appartiennent :

a) Lorsque le légataire meurt avant le testateur, ou en cas de survie, lorsqu'il décède avant que le droit sur le legs ne soit acquis et qu'il n'existe pas de colégataire [13].

b) Lorsque la condition, dont le testateur a fait dépendre le droit sur le legs, ne se réalise pas.

c) Lorsque le testament qui renferme le legs est rompu, inutile ou nul, *ruptum, irritum vel destitutum* [14].

d) Lorsque le légataire acquiert d'une autre personne et à titre onéreux, la chose d'autrui qui lui a été léguée [15].

---

[1] Fr. 59, pr. D. XXXV, 2.

[2] Thibaut, *System*, est d'un avis différent, § 767, quand il dit : « Il faut d'abord déduire de la masse les dettes de la succession et les legs assimilés aux dettes qui ne subissent aucune réduction. » Mais des legs ne sont pas des dettes ; ce sont des libéralités, dans lesquelles le testateur est limité par la loi Falcidie en faveur de l'héritier ; là où cette restriction tombe, l'héritier seul subit une perte.

[3] Doneau, *Comm. jur. civ.* VIII, 16, 17.

[4] Fr. 1, pr. D. XXXV, 7 : « Quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valet. »

[5] Cette règle n'était pas applicable, par exception, aux legs conditionnels ni à ceux sur lesquels le légataire n'a un droit qu'après l'acception de la succession. fr. 2-4, D. XXXIV, 7. Elle n'était pas davantage applicable aux fidéicommis. fr. 5, ibid. — fr. 1, § 1, 3. D. XXXII. — Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir si elle reçoit son application aux fidéicommis depuis qu'ils ont été assimilés aux legs par la const. 2, C. VI, 43.

[6] Inst. II, 21. — Dig. XXXIV, 4. — Ulp. XXIV, XXIX. — fr. 3, § 7, D. XXXIV. — fr. 10. pr. D. XXXIV, 5.

[7] Fr. 3. § 11. D. ibid. — pr. J. II, 21.

[8] Fr. 16-18, D. ibid. — fr. 65, § 2, D. XXX. — § 12. 21, J. II, 20. — Const. 27, C. VI, 42.

[9] Fr. 3, § 11 ; fr. 4 ; fr. 13, D. XXXIV, 4.

[10] Inst. II, 21. — Dig. XXXIV, 4.

[11] Fr. 6, pr. D. ibid. — § 1, J. ibid. — fr. 5 ; fr. 3, § 8, 9 ; fr. 10 ; fr. 24, pr. D. ibid.

[12] § 12, 21, J. II, 20. — fr. 34, pr. D. XXX.

[13] Const. un. § 2, 4, 7, C. VI, 51.

[14] D'après l'ancien droit, un legs était également infirmé, lorsque celui qui était chargé de l'acquitter venait à manquer. fr. 29, § 1, 2, D. XXXI. Mais il n'en est plus ainsi en droit nouveau : fr. 74, D. XXX. — Const. un. § 10, C. VI, 51.

[15] § 6, J. II, 20. — fr. 21, § 1, D. XXXII. — fr. 17, 19, D. XLIV, 7.

e) Lorsque l'objet du legs périt, ou subit une spécification qui fait cesser la propriété [1].

4° Outre ces cas, il en est encore beaucoup dans lesquels un legs est considéré comme non écrit, *pro non scripto* [2], et d'autres, dans lesquels il est retiré au légataire, à cause de son indignité, *legatum ereptitium* [3]. Parmi les legs considérés comme non écrits, l'on compte celui où quelqu'un qui a rédigé la dernière volonté du testateur, a écrit le legs fait en sa faveur, si le testateur ne l'a confirmé d'une autre manière [4]. Nous avons déjà parlé, au § 710, des cas d'indignité.

CHAPITRE III.

DES SUCCESSIONS FIDÉICOMMISSAIRES [5].

§ 747. I. *Notion et espèces des fidéicommis en général.*

On appelle *fidéicommis* toute disposition de dernière volonté par laquelle le testateur charge quelqu'un de restituer des biens qu'il lui laisse, en tout ou en partie, à un tiers. Si la succession elle-même doit être restituée en tout ou en partie, le fidéicommis prend, chez les Romains, le nom de *fideicommissaria hereditas*, et chez les modernes, celui de *fideicommissum universale;* si c'est, au contraire, une chose individuelle ou une somme déterminée qui doit être restituée, le fidéicommis se nomme, chez les Romains, *fideicommissum singulœ rei*, *s. fideicommissum speciale*, et chez les modernes, *fideicommissum singulare* [6]. On ne peut charger que l'héritier de restituer un fidéicommis universel; au contraire, tous ceux qui reçoivent quelque chose par le testament, peuvent être chargés de restituer un fidéicommis particulier [7].

§ 748. II. *Des fidéicommis universels.* A. *Généralités* [8].

Le fidéicommis universel produit toujours, d'après le droit de Justinien, une succession universelle [9]; il est donc une espèce de substitution, puisqu'un autre héritier prend, en tout ou en partie, la place du premier [10]. Cependant la substitution fidéicommissaire diffère de la substitution vulgaire d'un héritier direct, en ce que, dans cette dernière, le second héritier n'obtient réellement la qualité d'héritier que lorsque le premier ne vient pas à l'hérédité; tandis qu'en matière de fidéicommis universel, le second héritier ne peut prétendre à la succession que lorsque l'héritier direct a effectivement obtenu cette qualité. Mais, de même que dans la substitution vulgaire le testateur peut établir plusieurs degrés, de même il peut ordonner que le fidéicommis universel soit restitué par le premier héritier au second, par le second au

[1] § 16, J. II, 20. — fr. 89, pr. § 1, D. XXXII. Sur le cas où de plusieurs espèces l'une ou l'autre périt, *v.*: fr. 1, 2, D. XXXIII, 8. — § 17-20, J. II, 20. — fr. 22, D. XXX.

[2] Dig. XXXIV, 8.

[3] Dig. XXXIV, 9. — Code, VI, 35.

[4] D'après le sénatusconsulte Libonien. Dig. XLVIII, 10. — Code, IX, 23. — fr. 1, D. XXXIV, 8. — fr. 29, D. XXVI, 2. — *V.* plus haut, p. 306, note 18.

[5] *V.* en général les sources et les auteurs indiqués au § 723. — Ensuite : C. Chifletius, *De jure fideicommissorum libri IV*; dans Otto, *Thes.* t. V, p. 769; et sur l'ancien droit : Gans, *Scholien zu Gajus*, p. 347. — D. van de Wynpersse, *De fideicommissorum Romanorum historia*. Lugd.-Bat. 1822.

[6] § 2, 12, J. II, 23. — Pr. J. II, 24. Nous avons déjà fait remarquer que Justinien a placé les legs et les fidéicommis sur la même ligne, par la const. 2, C. VI, 43 (cpr. § 3, J. II, 20. — fr. 1, D. XXX). — La const. de Justinien n'assimile d'ailleurs que les fidéicommis *particuliers* aux legs.

[7] Le testateur peut aussi ordonner la restitution d'une succession d'autrui, échue à lui ou à son héritier, ou celle de la succession de l'héritier lui-même. fr. 76, § 1, D. XXXI. — fr. 16, § 5, 6; fr. 17, § 1; fr. 27, § 9, 10, D. XXXVI, 1. — fr. 114, § 7, D. XXX. — fr. 77, § 25; fr. 88, § 16, D. XXXI. — fr. 15, § 3, D. XXXV, 2. — H. A. Heise, *De aliena hereditate restituenda*. Gœtt. 1816.

[8] Ulpien, XXV, 14, 15. — Gajus, II, 247-259. — Inst. II, 23. — Dig. XXXVI, 1. — Code, VI, 42, 49. — Donau, *Comm. jur. civ.* VII, 15, 17, 20-30. — J. F. J. Verheyen, *Diss. de fideicommissaria hereditate*. Traj. ad Rhen. 1802. — Haase, *Diss. de vera vi ac indole fideicommissi universalis*. Lips. 1803. — L. Ph. Meens, *Diss. de fideicommissariïs hereditatibus*. Lovanii, 1819.

[9] Avant Justinien, l'héritier fidéicommissaire était, comme le dit Gajus, II, 251 : « *aliquando heredis loco, aliquando legatarii.* »

[10] On nomme aussi le fidéicommis universel : *substitutio obliqua s. fideicommissaria*, en opposition avec *substitutio directa*, qui comprend les substitutions vulgaire et pupillaire.

troisième, etc. [1]. Le fidéicommis institué à l'avantage de la famille du fondateur s'appelle *fideicommissum familiæ*, et lorsque sa durée doit continuer tant qu'il existe des membres de cette famille, il se nomme *fideicommissum perpetuum* [2].

§ 749. B. *Des sujets du fidéicommis universel.*

Les personnes qui interviennent dans un fidéicommis universel sont :

1. Le *fideicommittens*, celui qui l'institue ; il doit avoir la faction de testament active [3].
2. Le *fideicommissarius*, celui qui doit le recevoir ; il faut qu'il jouisse de la faction de testament passive [4].
3. Le *fiduciarius*, celui qui doit le restituer; il peut être héritier direct ou fidéicommissaire [5].

§ 750. C. *De l'institution et de l'acquisition du fidéicommis universel.*

Un fidéicommis universel peut être institué, comme un legs, dans toute disposition de dernière volonté ; il est même valable sans formalité aucune, lorsque le testateur en a verbalement chargé l'héritier ; mais dans ce cas, le fidéicommissaire ne peut prouver son droit que par le serment du fiduciaire ; *fideicommissum præsenti heredi injunctum* [6]. De même, les principes sur la modalité et l'acquisition des legs s'appliquent aux fidéicommis universels [7].

§ 751. D. *Du rapport légal entre le fiduciaire et le fidéicommissaire.*

1. *D'après le Sc̃te Trébellien.*

L'efficacité d'un fidéicommis universel est soumise à la circonstance que l'héritier direct devienne réellement héritier, et dans ce cas, il est tenu à la restitution [8]. Mais quand l'héritier direct est venu à la succession, cette qualité d'héritier lui est conservée, d'après le principe du droit romain *semel heres, semper heres*, lorsqu'il est obligé de restituer même toute la succession comme fidéicommissaire ; il peut donc encore après la restitution, comme auparavant, actionner les débiteurs de la succession et être poursuivi par eux. De son côté, le fidéicommissaire avait, dans le principe, lorsqu'une quote-part de la succession devait lui être restituée, la plus grande analogie avec le partiaire (*partiarius*) ; de même que ce dernier, il n'était que successeur particulier, et les stipulations *partis et pro parte* intervenaient également entre lui et l'héritier direct. Ce droit resta en vigueur jusqu'à ce que le sénatusconsulte Trébellien, porté sous Néron (an de Rome 814), ordonna qu'après la restitution de la succession, toutes les actions qui, d'après le droit civil, compétaient à l'héritier direct et pouvaient être dirigées contre lui, appartiendraient également, comme actions utiles, au fidéicommissaire, et seraient données contre lui, en proportion de sa part. Le fidéicommissaire était donc *heredis loco*, la restitution produisait une succession universelle, et les stipulations de l'ancien droit *partis et pro parte* n'étaient plus nécessaires [9].

§ 752. 2. *D'après le Sc̃te Pégasien.*

Cependant l'héritier direct était toujours libre d'accepter ou de refuser la succession ; il était même à craindre qu'il ne la répudiât chaque fois qu'il était chargé de la restituer en entier, car il n'en retirait aucun avantage. Pour assurer également l'efficacité des fidéicommis de ce côté, le sénatusconsulte Pégasien, porté sous Vespasien, étendit la loi Falcidie aux fidéicommis universels, et ordonna que l'héritier direct, chargé de restituer un

---

[1] § 11, J. II, 23. On peut aussi le faire tacitement (*fideic. tacitum*). Par exemple : fr. 114, § 6, 7, 14, 15, D. XXX. — fr. 67, § 5; fr. 69, § 3; fr. 77, § 24, D. XXXI. — fr. 58, § 3, 7, D. XXXII. — fr. 17, pr.; fr. 74, pr. D. XXXVI, 1; mais il ne faut pas confondre ce cas avec ce que les Romains appelaient *fideicommissum tacitum*, qui consistait dans le fidéicommis que quelqu'un était chargé de remettre à un incapable. fr. 103, D. XXX. — fr. 10, D. XXXIV, 9. — fr. 3, § 3, D. XXXIV, 9. — fr. 3, § 3, D. XLIX, 14. — *V*. plus haut, le § 710, note 17.

[2] Nov. 159.

[3] Ulpien, XXV, 4. — fr. 2, D. XXX.

[4] Ulpien, XXV, 6. — Gajus, II, 284. — fr. 67, § 3, D. XXXVI, 1.

[5] § 10, 11, J. II, 23. — fr. 1, § 6, D. XXXII. — fr. 8, § 1, D. XXIX, 7.

[6] § 2, J. II, 23. — § 12, J. II, 23. — Const. 32, C. VI, 42.

[7] § 2 in fine, J. II, 23. — Quant à l'acquisition et à la transmission d'un fidéicommis, *v.* : fr. 25, pr.; fr. 44, pr.; fr. 46, D. XXXVI, 1. — Const. 22, C. VI, 42.

[8] Le fiduciaire doit donc aussi constituer une caution fidéjussoire au fidéicommissaire, pour garantir la restitution de la succession. fr. 1, § 1, D. XXXVI, 4. — Const. 1, 4, C. VI, 54.

[9] Ulpien, XXV, 14-16. — Gajus, II, 251-259. — Inst. II, 23. — Dig. XXXVI. — Code, VI, 49.

fidéicommis universel, aurait le droit de retenir, dans tous les cas, le quart de la succession ou tout ou moins de sa portion héréditaire, mais que d'un autre côté il serait tenu d'accepter la succession [1]. Celui qui profitait de ce quart restituait la succession *ex Scto Trebelliano*, et les créances et dettes étaient partagées de plein droit entre lui et le fidéicommissaire, en proportion de la part héréditaire de chacun d'eux; celui qui, au contraire, n'avait pas ce quart des biens libre, restituait *ex Scto Pegasiano*, et les deux parties étaient de nouveau tenues de se donner mutuellement caution, au moyen de stipulations *partis et pro parte*, pour garantir leur part proportionnelle aux profits et aux pertes héréditaires, *lucra et damna hereditaria* [2].

§ 753. 3. *De la réunion des deux Sctes en un seul, par Justinien.*

Justinien réunit le droit du sénatusconsulte Pégasien avec celui du sénatusconsulte Trébellien, et de cette réunion découlent les principes suivants :

1. L'héritier direct chargé de restituer un fidéicommis universel a en tout temps le droit de retenir le quart de sa portion héréditaire, *quarta Trebelliana*.

2. Les créances et les dettes de la succession doivent être considérées comme divisées de plein droit entre le fiduciaire et le fidéicommissaire; ce dernier est donc toujours *heredis loco* [3].

3. Le fiduciaire qui ne veut pas volontairement accepter la succession, peut y être forcé ; mais alors il perd le droit sur la quarte et tous les autres avantages auxquels il pouvait prétendre d'après la dernière volonté du défunt [4].

4. D'ailleurs, lorsque le fiduciaire a accepté la succession et est en possession, il peut être poursuivi par le fidéicommissaire, au moyen d'une *actio personalis ex testamento*, en restitution de la succession. Lorqu'il n'est pas en possession, il doit au moins la restituer en paroles, et le fidéicommissaire a contre le tiers possesseur *pro herede* ou *pro possessore*, la *pétition d'hérédité fidéicommissaire*, *hereditatis petitio fideicommissaria* [5].

§ 754. 4. *De la quarte Trébellienne en particulier.*

La quarte, que l'on appelle Trébellienne, n'est en réalité autre chose que la quarte Falcidie appliquée aux fidéicommis universels [6]; elle doit donc être régie d'après les principes établis pour la quarte Falcidie. Il s'ensuit :

1. Que l'héritier direct seul a le droit de la retenir, et qu'elle n'appartient pas au fidéicommissaire chargé de restituer un fidéicommis [7].

2. Que lorsqu'il existe plusieurs héritiers directs, grevés de fidéicommis universels, chacun d'eux peut retenir la quarte en proportion de sa part héréditaire [8].

3. Qu'elle doit être déduite de l'universalité de la succession, à moins que le testateur ne réserve à l'héritier une valeur équivalente, et le charge de restituer toute l'hérédité, en retenant un ou plusieurs objets déterminés égalant en valeur le quart de l'hérédité [9].

4. Que l'héritier ne doit comprendre dans la quarte que ce qu'il prend en sa qualité d'héritier et nullement ce qu'il reçoit comme légataire [10].

---

[1] § 7, J. II, 23. — Ce quart se nomme, dans les sources du droit, ou simplement *quarta* ou *Falcidia*, ou *commodum legis Falcidiæ*. fr. 16, § 9; fr. 22, § 2; fr. 27, § 10; fr. 30, D. XXXVI, 1. — Les modernes l'appellent, sans motif, *quarta Trebelliana*.

[2] Dans le premier cas, le fidéicommissaire était donc *heredis loco*, dans le second, *legatarii loco*. C'est pour cette raison que Gajus dit, II, 251 : « is vero, qui recipit hereditatem *aliquando* heredis loco est, *aliquando* legatarii. »

[3] § 7, J. II, 23. — Const. 7, § 1, C. VI, 49.

[4] Fr. 4; fr. 27, § 14, 15; fr. 43; fr. 55, § 3; fr. 28, § 1, D. XXXVI, 1.

[5] Fr. 37, pr.; fr. 63, pr. D. ibid. — Dig. V, 6. — Cpr. plus haut, le § 717.

[6] C'est pour cela que, chez les Romains, elle s'appelle toujours simplement *quarta* ou *Falcidia*. — J. Th. Mœller, *De quarta Trebellianica quam vocant et utrum aliqua parte differat a quarta Falcidia*. Heidelb. 1815.

[7] Le motif en est : « cum semel adita est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur. » fr. 55, § 2; fr. 22, § 5, D. XXXVI, 1. — Pour les exceptions, *v.* : fr. 1, § 19; fr. 63, § 11; fr. 55, § 2, D. ibid.

[8] Arg § 1, J. II, 22.

[9] § 9, J. II, 23.

[10] Gajus dit expressément, II, 252, « — Senatus censuit, ut ei, qui rogatus est hereditatem restituere, perinde liceret, quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur. » — C'est ce qui est dit encore plus clairement *Epit. Gaji*, II, 7, pr. « — Sed in hac quoque re hoc observandum est, quod de Falcidia supra jam dictum est, ut heres institutus, etiamsi omnem hereditatem alii restituere jussus sit, ita hereditatem alii restituat, ut quartam sibi ex ipsa hereditate retineat. » Comparez avec ce passage, les fr. 74; fr. 30, § 7, D. XXXV, 2. — Sur les fr. 86, D. XXXV, 2. — fr. 91, D. ibid. — Const. 24, C. III, 36, qui servent d'appui à l'opinion contraire, *v.* : Cujas, *Obs.* VIII, 3, 4. — Quant aux fruits à restituer par le fiduciaire,

5. Que dans tous les cas où la quarte Falcidie ne peut être déduite de legs, elle ne peut l'être d'un fidéicommis universel [1]; ainsi, d'après la dernière disposition de Justinien, l'héritier n'a pas le droit de la retenir, lorsque le testateur en a défendu la déduction; et il la défend tacitement, en ordonnant la restitution de toute la succession [2].

§ 755. 5. *De l'époque de la restitution.*

Le fiduciaire doit suivre, quant à l'époque de la restitution, la volonté exprimée par le testateur, et à défaut de cette dernière, il doit faire la restitution immédiatement après l'acceptation de la succession [3]. Dans l'un et dans l'autre cas, il a le droit d'être remboursé des impenses nécessaires et utiles qu'il a faites pour le fidéicommis ou pour le fidéicommissaire, et quant aux impenses voluptuaires, il n'a qu'un *jus tollendi* [4]; mais d'un autre côté, il répond du dommage occasionné par sa faute [5].

§ 756. 6. *De l'inaliénabilité du fidéicommis.*

Aussi longtemps que le fiduciaire a la possession et la jouissance du fidéicommis, il en est à la vérité propriétaire, mais il ne peut en général aliéner les choses qui en font partie [6], excepté pour payer les dettes de la succession ou pour éviter que le fidéicommissaire n'éprouve un dommage [7], ou lorsque le testateur l'a permis [8], ou que toutes les parties intéressées y consentent [9]. L'aliénation qu'il fait dans tout autre cas des choses appartenant au fidéicommis, est nulle et peut être attaquée au moyen de l'action utile en revendication, par le fidéicommissaire, dès que le fidéicommis lui est déféré. La loi lui accorde aussi, pour sûreté de sa créance en restitution du fidéicommis, une hypothèque légale sur la portion héréditaire de l'héritier chargé de la restitution [10]. Lorsqu'au contraire le fiduciaire n'est tenu de restituer au fidéicommissaire que ce qui restera de la succession à l'époque de sa mort, *fideicommissum ejus quod superfuturum est*, il peut, en droit nouveau, disposer des trois quarts de la succession, et ne doit restituer au fidéicommissaire qu'un seul quart, pour lequel il est tenu de constituer caution [11].

§ 757. E. *De l'extinction du fidéicommis.*

Outre les cas où la disposition dans laquelle le fidéicommis est institué est ou devient invalide [12], il s'éteint encore :

1° Lorsque le fidéicommissaire y renonce [13].

2° Lorsqu'il meurt avant d'avoir acquis son droit.

3° Lorsque la condition dont on l'a fait dépendre n'arrive pas [14].

4° Lorsque la famille pour laquelle il a été fondé est éteinte [15], ou lorsque tous les membres de cette famille consentent à sa suppression ou à son aliénation [16].

---

v. : fr. 18, pr. § 1, 2; fr. 22, § 2; fr. 27, § 1, D. XXXVI, 1. — Const. 6, pr. C. VI, 49.

[1] Fr. 1, § 18; fr. 3, § 1; fr. 4; fr. 45, D. XXXVI, 1.

[2] Nov. 1, ch. 2, § 2.

[3] Fr. 41, § ult. D. XXXII.

[4] Fr. 19, § 2; fr. 22, § 3, D. XXXVI, 1. — fr. 58, D. XXX. — fr. 40, § 1, D. XII, 6.

[5] Fr. 22, § 3, D. XXXVI, 1.

[6] L'ancien droit autorisait le fiduciaire à aliéner et ne donnait au fidéicommissaire qu'une action en restitution du fidéicommis et en réparation du dommage causé. fr. 3, § 3; fr. 19, § 2; fr. 70, § 1, D. XXXVI, 1. — Mais Justinien défendit l'aliénation des biens qui font partie du fidéicommis, et la déclara nulle en faveur du fidéicommissaire. Const. 3, § 2, 3, C. VI, 43. — Nov. 159.

[7] Fr. 144, § 14, D. XXX. — fr. 38, pr. D. XXXII. — fr. 22, § 3, D. XXXVI, 1. — fr. 104, D. XLVI, 3.

[8] Auth. *Contra*, C. VI, 49. — fr. 70, § 3; fr. 71, 72, D. XXXI.

[9] Const. 11, C. VI, 42. — fr. 120, § 1, D. XXX. Il y a encore une exception : c'est lorsque le fiduciaire a été chargé de restituer la succession à son décès; il peut aliéner les choses individuelles qui en font partie, s'il lui est impossible de constituer une dot ou une donation à cause des noces, sans cette aliénation. Nov. 39, ch. 1, cpr. avec la Nov. 108, ch. 1.

[10] Const. 1-3, C. VI, 43. — Nov. 108, ch. 2. — Nov. 159.

[11] Sur l'ancien droit : fr. 54; fr. 58, § 7, 8, D. XXXVI, 1. — fr. 70, § 3; fr. 71, 72, D. XXXI. — Sur le droit nouveau : Nov. 108, ch. 1 et 2. — J. A. Reichardt, *De fideicommisso ejus quod superfuturum erit.* Jenæ, 1785.

[12] Const. 29, C. VI, 42.

[13] Const. 26, C. VI, 42. — Cpr. const. 1, 16, C. II, 3. — Const. 11, C. II, 4.

[14] Fr. 102, D. XXXV, 1. — Const. 30, C. VI, 42. — Const. 3, § 3, C. VI, 43.

[15] Fr. 78, § 3, D. XXXI.

[16] Const. 11, C. VI, 42. — Cpr. le § 756.

CHAPITRE IV.

DE LA DONATION A CAUSE DE MORT [1].

§ 758. I. *Notion de la donation à cause de mort.*

Il y a donation à cause de mort, *mortis causa donatio :*

1° Lorsqu'en vue d'un péril imminent on donne une chose à quelqu'un, en lui en transférant immédiatement la propriété qu'il doit conserver si le donateur succombe, ou restituer s'il échappe au danger [2].

2° Lorsque pendant la vie et sans avoir de danger particulier en vue, l'on donne une chose sur laquelle le donataire n'acquerra un droit qu'après la mort du donateur [3]. Cette dernière espèce est la donation à cause de mort, dans son vrai sens. Elle a ce caractère particulier, que le donateur qui se repent d'avoir donné, peut la révoquer en tout temps, et que le prédécès du donataire la rend de plein droit nulle [4]. Mais la donation à cause de mort qui doit sortir ses effets, exige essentiellement que le donateur remette, pendant sa vie, au donataire la chose qui fait l'objet de la donation [5]. Cependant comme elle a beaucoup d'analogie avec les legs, à cause de son caractère de révocabilité, les jurisconsultes romains se disputèrent déjà sur la question de savoir si l'on devait la regarder et la traiter comme convention ou comme legs [6]. Justinien a tranché ces difficultés en décidant qu'elle serait valable comme legs et comme fidéicommis, dans les cas où elle ne pourrait valoir comme vraie donation [7].

§ 759. II. *De la nature légale de la donation à cause de mort.*

La donation à cause de mort a les points suivants communs avec le legs :

1. De même que le legs, elle peut en tout temps être révoquée par le donateur [8].

2. Celui-là seul qui peut léguer et acquérir par legs, peut aussi donner et acquérir par donation à cause de mort [9].

3. Une donation à cause de mort, valable comme legs, n'a pas besoin d'insinuation, même lorsqu'elle excède la somme de 500 solides [10].

4. La donation à cause de mort est sujette, comme le legs, à la réduction de la quarte Falcidie [11], et la plainte de donation inofficieuse est accordée contre la donation à cause de mort qui entame la légitime.

5. Le donataire à cause de mort jouit des mêmes actions que le légataire.

6. Lorsqu'il y a plusieurs donataires à cause de mort, ils profitent du droit d'accroissement comme les colégataires et sous les mêmes conditions.

Mais d'un autre côté, la donation à cause de mort, valable comme *vraie donation*, a les caractères particuliers suivants :

1. Elle produit ses effets au moment même de la mort du donateur et sa validité est indépendante de l'adition de la succession : elle reste donc valable, même lorsque l'héritier institué répudie la succession [12].

---

[1] § 1, J. II, 7. — Dig. XXXIX, 6. — Code, VIII, 57. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XIV, 33. — J. F. Junghans, *Diss. de mortis causa donationum indole.* Lips. 1785. — Haubold, *Diss. de mortis causa donationum conjecturis ex mortis mentione capiendis.* Lips. 1792; dans ses *Opusc. acad.* ed. Wenck, vol. I, p. 349 et in præf. Wenkii, p. XXXVI. — W. Müller, *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall.* Giessen, 1, 27.

[2] § 1, J. II, 7. — Théophile, sur ce passage. — fr. 26, pr. D. XVI, 3. — fr. 2-7; fr. 29, D. XXXIX, 6.

[3] § 1, J. cit. — fr. 1, 2, D. XXXIX, 6.

[4] Fr. 13, § 1; fr. 26; fr. 27; fr. 35, § 2, 4; fr. 42, § 1, D. XXXIX, 6. — Nov. 87, ch. 1.

[5] De cette manière, la question de savoir si elle doit être acceptée, tombe d'elle-même.

[6] Paul, au fr. 35, § 3, D. XXXIX, 6, se prononça pour la convention; Julien et Ulpien, aux fr. 17; fr. 37, pr. D. ibid: — fr. 1, § 1, D. XXXVIII, 5. — fr. 3, § 17, D XXXVIII, 2, pour le legs.

[7] Const. 4, C. VIII, 57. — § 1, J. II, 7. — Nov. 87, ch. 1.

[8] Fr. 13, § 1; fr. 35, § 2, 4, D. XXXIX, 6. — fr. 27; fr. 42, § 1, D. ibid. — Nov. 87, ch. 1.

[9] Fr. 15; fr. 9; fr. 35, pr. D. ibid.

[10] Const. 4, C. VIII, 37.

[11] Fr. 27, D. ibid.— Const. 5, C. VI, 30. — Const. 2, C. VIII, 57.

[12] Fr. 32, D. ibid.

2. La capacité du donataire à cause de mort ne doit exister, pour qu'il puisse acquérir la donation, qu'au moment de la mort du donateur [1].

3. Le fils de famille, autorisé par son père, peut également faire une donation à cause de mort, mais elle ne peut avoir pour objet que le pécule profectice [2].

4. La donation à cause de mort qui a pour objet une rente annuelle, n'est considérée que comme une seule donation [3], tandis que le legs annuel est regardé comme renfermant plusieurs legs.

5. Celui qui attaque sans succès un testament comme nul ou comme inofficieux, perd tous les legs créés en sa faveur dans ce testament; mais il en est autrement des donations à cause de mort [4].

6. Enfin, lorsqu'un testateur révoque tous les legs, sans mentionner expressément les donations à cause de mort, celles-ci ne sont pas considérées comme révoquées.

7. La donation à cause de mort doit être rapportée.

La donation à cause de mort qui possède tous ces caractères particuliers ou, en d'autres termes, la donation à cause de mort destinée à valoir comme donation et non comme legs, doit être exécutée du vivant du donateur, et lorsqu'elle excède la somme de 500 solides, elle doit être insinuée dans les actes publics; car autrement elle ne serait valable que comme legs ou comme fidéicommis [5]. Il faut par conséquent aussi que, dans ce dernier cas, toutes les formalités requises pour la création d'un legs soient également observées pour la donation [6].

§ 760. III. *De l'extinction de la donation à cause de mort.*

La donation à cause de mort, envisagée soit comme legs, soit comme donation, s'éteint :

1° Par la révocation faite par le donateur [7], qui conserve toujours cette faculté, à moins qu'une convention particulière ne le prive du droit de révoquer, *conventio ne revocetur* [8]. La donation faite en vue d'un péril déterminé dans lequel le donateur se trouve, s'éteint aussi sans révocation, s'il échappe au danger [9].

2° Par la mort du donataire avant le donateur [10].

3° Lorsque le donateur donne, sa vie durant, la chose qui fait l'objet de la donation, à une autre personne [11], ou lorsqu'il l'aliène sans nécessité [12], ou lorsqu'il y fait un changement essentiel [13]. Lorsqu'une donation à cause de mort déjà exécutée devient nulle par l'un ou par l'autre motif, le donateur ou ses héritiers peuvent répéter la chose donnée qui existe encore en nature, au moyen de l'action en revendication, et si elle n'existe plus en nature, au moyen de la condition *sine causa* ou d'une *actio in factum* [14].

§ 761. Mortis causa capio.

On entend par *mortis causa capio*, dans le sens large, tout ce que l'on acquiert par la mort d'une personne; ainsi, les successions, les legs, les fidéicommis et les donations à cause de mort. Dans le sens restreint, au contraire, on n'entend par là que les acquisitions à cause de mort, qui n'ont pas de nom particulier [15]. Parmi ces dernières l'on compte :

1° Ce que l'on reçoit en cas de mort, pour l'accomplissement d'une condition, de la part d'une autre personne [16].

2° La donation qui devient valable par le décès d'un tiers mort avant le donateur [17].

3° Enfin, tout ce que l'on reçoit pour refuser une succession, dans le but de la faire passer aux substitués ou aux héritiers *ab intestat* [18]; de même ce que l'on reçoit pour accepter une succession [19].

[1] Fr. 22, D. ibid.
[2] Fr. 25, § 1, D. ibid.
[3] Fr. 35, § 7, D. ibid.
[4] Fr. 5, § 17, D. XXXIV, 9.
[5] Fr. 75, pr. D. XXXI. — fr. 18, § 2, D. XXXIX, 6.
[6] Const. 4, C. VIII, 57. — J. G. Bauer, *Pr. de forma donationis mortis causa*. Lips. 1760 et dans ses *Opusc. acad.* t. I, nº 25.
[7] Il faut appliquer ici les principes de la révocation des legs. — *V*. le § 746.
[8] Fr. 13, § 1; fr. 35, § 4, D. XXXIX, 6.
[9] § 1, J. II, 7. — fr. 29, D. XXXIX, 6.
[10] Fr. 26, D. ibid.
[11] Fr. 18, D. XXXIV, 4.
[12] Fr. 24, § 1, D. ibid. — § 12, J. II, 20. — fr. 11, § 12, D. XXXII. — Const. 3, C. VI, 37.
[13] Fr. 88, § 2, D. XXXII. — fr. 24, § 4; fr. 65, § 2, D. XXX.
[14] Fr. 29; fr. 18, § 1; fr. 35, § 3; fr. 37, § 1, D. XXXIX, 6.
[15] Fr. 31, pr.; fr. 38, D. XXXIX, 6. — J. F. Lœffler, *Diss. de mortis causa capionibus*. Lips. 1751.
[16] Fr. 1, § 8; fr. 30, § 7; fr. 91, D. XXXV, 2. — fr. 38, D. XXXIX, 6.
[17] Fr. 18, pr. D. XXXIX, 6.
[18] Fr. 8, pr. D. ibid.
[19] Fr. 21, D. eod.

LIVRE V.

DU CONCOURS DES CRÉANCIERS [1].

CHAPITRE PREMIER.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES.

§ 762. I. *Notion de concours entre créanciers.*

Il arrive souvent que plusieurs créanciers ont en même temps le droit d'actionner le même débiteur, mais cela seul ne constitue encore aucun concours; car, lorsque les biens du débiteur suffisent au paiement de tous les créanciers actionnants, la demande de chacun d'eux est considérée comme un procès à part et entièrement indépendant. Le concours n'existe réellement que lorsque plusieurs créanciers exigent, en même temps, le paiement de leur créance contre un débiteur dont les biens ne sont pas suffisants. D'après les principes généraux du droit, chaque créancier devrait, dans ce cas, perdre une partie de sa créance, et les biens du débiteur seraient répartis au *prorata* entre tous les créanciers. Mais le droit positif s'écarte de cette règle générale et reconnaît à certaines créances un privilége sur les autres; chaque créancier s'efforce donc d'être payé de préférence aux autres sur les biens du débiteur. Dans ces cas, le juge retire au débiteur, en faveur des créanciers, la disposition de ses biens et il s'ouvre une procédure judiciaire, dans laquelle chaque créancier cherche tantôt à faire valoir sa créance contre le débiteur, tantôt à obtenir une préférence sur les autres créanciers.

§ 763. II. *De la procédure d'après les XII Tables* [2].

Anciennement, chez les Romains, lorsque quelqu'un empruntait de l'argent ou voulait éteindre un prêt déjà existant, il se mancipait lui-même au créancier, avec sa famille et ses biens, et devenait par là *nexus* ou *nexu vinctus* [3]. Mais cette mancipation se faisait toujours *sub fiducia* qu'il redeviendrait *nexu solutus*, dans le cas où lui-même ou un autre paierait pour lui. S'il ne se libérait pas dans le délai donné, le créancier se l'appropriait avec tous ses biens, comme conséquence du droit qu'il avait acquis par la mancipation, et le débiteur lui était adjugé avec ses biens. D'un autre côté, lorsque quelqu'un avait contracté une dette sans s'être donné *in nexum* à son créancier, il était actionné d'après la manière ordinaire; dans ce cas, il avait un délai de trente jours pour satisfaire son créancier, après l'aveu fait en justice de la dette ou après la condamnation (*in jure confessus, judicatus*). En cas de non-paiement, il était également adjugé au créancier (*addictus*, dans le sens restreint et en opposition avec celui qui était adjugé au créancier par suite d'un précédent *nexus*), et alors le créancier ne pouvait s'en tenir qu'à sa personne sans pouvoir prétendre à ses biens. Le débiteur adjugé (*addictus*) à son créancier, de l'une ou de l'autre manière, pouvait être garrotté et emprisonné. Depuis le moment de l'*addictio*, le débiteur jouissait encore d'un délai de 60 jours pour payer son créancier; pendant ce délai, le montant de la dette était crié en public *tribus nundinis*, et s'il ne payait pas encore, il était frappé de la *capitis pœna*, c'est-à-dire qu'il perdait toute sa capacité civile et le créancier avait le droit

[1] Dig. XLII, 3-8. — Code, VIII, 71-75.
[2] Aulu-Gelle, XX, 1. — Niebuhr, *Roemische Geschichte*, t. I, 2e éd. p. 595 et suiv.; 3e éd. p. 632 et suiv. — Zimmern, *RG.* t. III, § 45, 46.

[3] Bœcking, *De causis mancipii*. Berol, 1826, p. 82 et suiv. — H. A. Zachariæ, *Comm. de fiducia*. Gothæ, 1830, p. 11-18.

de le tuer ou de le vendre comme esclave en pays étranger, *trans Tiberim*. Dans le cas où il avait été adjugé à plusieurs créanciers, les XII Tables ordonnaient : *tertiis nundinis partes secanto si plus minusve secuerunt, se* (*sine*) *fraude esto* [1].

§ 764. III. *D'après la loi* Petillia Papiria *et la loi* Julia de cessione bonorum.

La loi *Petiltia Papiria* (an de Rome 428) abolit ce lien de la personne (*nexus*), mais seulement pour prêt d'argent en le laissant subsister pour les autres cas, notamment pour une dette résultant d'un délit ; la mancipation des biens pour sûreté du créancier fut maintenue, de même que l'addiction du débiteur et les conséquences qu'elle entraînait [2]. Sous Jules-César ou sous Auguste, l'on introduisit, en faveur de débiteurs indigents, le bénéfice de la cession des biens, *beneficium cessionis bonorum*, par lequel le débiteur qui cédait volontairement tous ses biens aux créanciers, était libéré de la contrainte par corps [3]. D'un autre côté, les créanciers pouvaient aussi, dans certains cas, demander l'envoi dans les biens du débiteur, *missio in bona debitoris*.

§ 765. IV. *Sous les Empereurs.*

Sous les empereurs, la procédure romaine en matière de concours se trouvait dans l'état suivant :

1. Lorsqu'un débiteur se tenait caché *fraudationis causa*, lorsqu'il était absent et qu'il n'avait pas de défenseur (*defensor*), lorsqu'il faisait cession de ses biens d'après la loi *Julia*, lorsque ayant été condamné au paiement par un jugement qui avait acquis force de chose jugée, il ne payait pas dans le délai fixé, ou lorsque aucun héritier ne se présentait pour recueillir la succession du débiteur défunt, dans tous ces cas, le créancier ou plusieurs créanciers pouvaient demander au préteur l'envoi dans les biens du débiteur et se faire autoriser à les vendre pour être payés [4]. Les biens du débiteur étaient alors offerts en vente (*proscriptio bonorum*) pendant 30 jours, lorsqu'il était vivant, pendant 15 jours s'il était mort, et lorsqu'il existait plusieurs créanciers, ils étaient tenus de choisir un *magister bonorum vendendorum* chargé, dans la vente, de protéger leurs intérêts et d'adjuger les biens au plus offrant, *addictio bonorum* [5].

2. Dans le principe, les biens étaient vendus en masse (*per universitatem*), c'est-à-dire que tous les biens (l'actif et le passif) étaient adjugés à celui qui offrait aux créanciers le plus fort dividende [6]. Cette vente des biens du débiteur (*venditio bonorum debitoris obaerati*) est confondue par beaucoup d'auteurs avec la *sectio bonorum*, que les sources du droit mentionnent souvent ; mais on n'entend par *sectio bonorum* que la vente d'un bien confisqué par l'Etat [7]. L'acheteur des biens devenait par là le successeur universel du débiteur ; il acquérait tous les droits et toutes les créances, et était tenu des dettes jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle les biens lui avaient été adjugés. L'entrée d'un nouveau débiteur au lieu et place de l'ancien avait pour conséquence d'anéantir complètement ce qui restait de chaque créance, et de libérer entièrement et pour toujours, le premier débiteur de toute ancienne dette.

3. Plus tard, cette vente d'après l'ancien droit de l'universalité des biens du débiteur tomba en désuétude [8], et l'on permit aux créanciers de procéder séparément à la vente des biens du débiteur, après avoir obtenu l'envoi. Ils choisissaient à cet effet un curateur aux biens (*curator bonorum*), qui les administrait et les réalisait dans l'intérêt des créanciers qu'il était tenu de payer du produit de la vente. Ces nouvelles dispositions

[1] Aulu-Gelle, XX, 1. — Quintillien, *Inst. orat.* III, 6, 84. — Cassius Dio in Maji cod. Vaticano, p. 217. — Quelques auteurs entendent par ces mots « *partes secanto* » un partage proportionnel, entre les créanciers du prix de vente du débiteur. *V.* Hugo, *Rechtsg.* 10e éd. p. 310 et Gibbon, chap. 44, note 178. — D'autres prétendent qu'il s'agissait d'un véritable partage du débiteur lui-même. *V.* Bynkershoek, *Obs. jur. rom.* lib. 1, chap. 1. Dans ses *Opp.* t. 1, p. 9. — Niebuhr, t. 1, 1re éd. p. 310 ; 2e éd. p. 668 et suiv. — Hugo, 11e éd. p. 352, et d'autres.

[2] Tite-Live, VIII. 28. — Cicéron, *De republ.* II, 33, 34. — Van Heusde, *De lege Petillia Papiria*. Traj. ad Rhen. 1842.

[3] Gajus, III, 78. — Const. 1, 4, C. VIII, 71.

[4] Cet envoi qu'un créancier demandait profitait également aux autres. fr. 12, pr. D. XLII, 4. — Const. 10, C. VII, 72.

[5] Gajus, III, 77-79. — Dig. XLII, 4, 5. — Code, VII, 72.

[6] Gajus, IV, 35. — Théophile, sur les Inst. III, 13. — Sticher, *De bonorum emtione apud veteres Romanos*. Lips. 1827.

[7] Gajus, IV, 146. — Varron, *De Re R.* II, 10. — Asconius, *Ad Cic. Verr.* I, 20, 23.

[8] Pr. J. III, 13, et Théophile, sur ce passage.

firent également tomber l'ancienne *successio per universitatem in bona debitoris*, et il s'ensuivait que le débiteur n'était pas libéré de ses anciennes dettes, parce que personne n'était mis à sa place. En effet, dès qu'il avait de nouveau acquis des biens, il pouvait être actionné par ceux des créanciers qui n'avaient pas été intégralement payés, et jusque-là il pouvait être incarcéré.

4. Mais il était facile au débiteur d'éviter en partie ces conséquences préjudiciables de son insolvabilité, en prévenant l'envoi en possession de ses biens par les créanciers, et en faisant usage du bénéfice de la cession des biens *ex Lege Julia*. Il est vrai que par là il ne se libérait pas envers les créanciers qui n'avaient pas été intégralement payés sur les biens cédés, mais il acquérait cependant un double avantage. D'abord, il se mettait à l'abri de toute prise de corps; ensuite, il ne pouvait plus immédiatement après être poursuivi par les créanciers non intégralement satisfaits; ceux-ci n'étaient admis à l'actionner que lorsqu'il avait de nouveau acquis quelque chose; il jouissait en outre du *beneficium competentiæ* quant aux biens qu'il avait acquis par la suite [1].

Aussi longtemps que la vente des biens par universalité était en usage, il ne pouvait être question de préférence d'un créancier sur l'autre; car la vente éteignait les anciennes dettes, de même que les droits de gage et d'hypothèque, et les priviléges; l'acheteur des biens, mis au lieu et place de l'ancien débiteur, était tenu de payer à chaque créancier le dividende qu'il avait promis. Mais lorsque cette vente de l'ancien droit fut abolie et remplacée par la vente des biens isolés, faite par le curateur aux biens, tout le système changea. Le débiteur primitif était et resta débiteur, et par conséquent les anciennes créances, les droits de gage et d'hypothèque, ainsi que les priviléges furent maintenus. Dès ce moment, il ne pouvait plus être question de l'envoi dans les biens que pour les créanciers chirographaires. Les créanciers gagistes et hypothécaires n'en avaient nullement besoin, parce que la nature de leur créance leur donnait déjà le droit de vendre la chose ou les biens mis en gage ou hypothéqués, en cas d'insolvabilité du débiteur, et de poursuivre, au moyen de l'action hypothécaire, le gage ou l'hypothèque entre les mains de tout possesseur. Par le même motif, la cession des biens faite par le débiteur ne pouvait leur devenir préjudiciable; ils étaient donc toujours séparés des autres créanciers [2]. Les créanciers gagistes et hypothécaires se payaient donc toujours d'abord sur les biens qui formaient l'objet du gage ou de l'hypothèque, et la partie des biens qui restait, après leur paiement, pouvait devenir pour les autres créanciers l'objet de la cession et de l'envoi en possession. Parmi ces derniers, ceux qui étaient garantis au moyen d'un *privilegium exigendi* avaient la préférence sur les autres créanciers chirographaires, et le reste des biens, après leur paiement, était partagé au marc le franc entre les autres créanciers [3].

§ 766. V. *Des moyens d'éviter le concours.*

Il existe plusieurs moyens d'éviter l'ouverture réelle d'un concours et de détourner par là les conséquences nuisibles qu'elle entraînerait pour la personne et les biens du débiteur. Parmi ces moyens on compte :

1° L'intervention de tiers qui paient ou qui cautionnent pour le débiteur; mais ce dernier cas exige naturellement le consentement des créanciers [4].

2° Le sursis ou le *moratorium* [5]. On entend par là un privilége accordé au débiteur par le prince, et qui le met à l'abri, pendant un certain délai, de toute exécution pour dettes. Le prince seul, et nullement le juge, est autorisé à accorder un sursis. Pour pouvoir l'obtenir, le débiteur doit prouver qu'il est tombé en déconfiture sans sa faute, qu'il a un espoir fondé de réparer ses pertes et que le sursis le préservera d'une ruine totale. Ordinairement le sursis est donné pour cinq ans, et, pour cette cause, il s'appelle *literæ s. induciæ quinquennales*. Mais il ne met le débiteur qu'à l'abri de l'exécution, et nullement de l'introduction de l'action; le débiteur est tenu de répondre à l'action qui lui est intentée, mais l'exécution reste suspendue jusqu'à la fin du sursis.

3° Le délai donné par les créanciers eux-mêmes. Ce délai est *volontaire*, lorsqu'il est

[1] Dig. XLII, 3. — Code, VII, 71. — Holtius, *Essai sur le beneficium competentiæ*; dans la *Bibliothèque du jurisconsulte et du publiciste*. Liége, 1826-1827, t. I, p. 390.

[2] Fr. 38, § 1, D. XVII, 1. — fr. 10, pr. D. II, 14, — Const. 10, pr. C. VII, 72.

[3] Fr. 32, D. XLII, 5. — Const. 6, C. VII, 72.

[4] Pr. J. III, 30. — fr. 23, 40, 53, D. XLVI, 3.

[5] Const. 4, C. I, 19.

consenti par tous les créanciers; il est *forcé*, lorsqu'il n'est accordé que par la majorité des créanciers : ce dernier est fondé sur une disposition de Justinien [1]. D'après la constitution de cet empereur, les créanciers sont libres d'accepter immédiatement la cession des biens ou de donner un délai à leur débiteur, et lorsque la majorité des créanciers l'accorde, la minorité doit se ranger d'après l'avis de la majorité. La majorité ne se détermine pas d'après le nombre de têtes, mais d'après le montant des créances, de sorte que lorsqu'un des créanciers concourt pour une somme plus élevée que tous les autres, sa voix à lui seul l'emporte sur celles des autres réunis. Lorsque les opinions des créanciers sont partagées et les sommes qu'ils sont en droit d'exiger égales de part et d'autre, l'avis favorable au délai prévaudra (*humanior sententia*). La qualité des créanciers importe peu ; les créanciers chirographaires peuvent l'emporter sur les créanciers hypothécaires. D'un autre côté, un tel délai nécessaire présuppose que le débiteur ne soit pas coupable de son insolvabilité et que celle-ci soit prouvée; car aussi longtemps que chaque créancier peut être complétement payé par l'aliénation des biens du débiteur, aucun créancier ne peut être tenu d'accorder le délai. Après l'ouverture du concours, la minorité des créanciers ne peut plus être forcée de donner son consentement à un délai.

4° Le concordat, lorsque les créanciers déclarent vouloir perdre une partie de leur créance et se contenter d'un dividende. Le concordat est, de même que le délai, *volontaire*, lorsque tous les créanciers consentent, ou *forcé*, lorsqu'il ne réunit que la majorité des voix. Mais le concordat forcé n'est admis, en droit romain, que lorsqu'il est demandé par l'héritier d'une succession obérée, et avant l'addition, aux créanciers du débiteur défunt. Dans ce cas seul, la minorité des créanciers peut être forcée d'accepter le concordat fait par la majorité [2].

CHAPITRE II.

DE L'OUVERTURE DU CONCOURS.

§ 767. I. *De la cause de l'ouverture du concours.*

L'ouverture du concours présuppose l'insolvabilité du débiteur et la demande de paiement faite en justice par plusieurs créanciers. La cause de l'ouverture du concours peut résider :

A. Dans la proposition du débiteur lui-même qui veut profiter du bénéfice de la cession de biens [3]. Ce bénéfice consiste en ce que le débiteur cède à ses créanciers la totalité de ses biens présents, pour qu'ils se paient autant que faire se peut. Cette cession ne requiert pas d'acceptation des créanciers [4], et celui-là même qui n'a pas de biens à céder peut l'invoquer. La Novelle 135, ch. 1, ordonne en outre que, lorsqu'un débiteur affirme sous la foi du serment qu'il ne possède pas de biens pour satisfaire ses créanciers, aucun concours ne peut être ouvert contre lui; c'est ce qu'on nomme aujourd'hui *beneficium ejurationis bonorum*. —Tout créancier, père ou fils de famille, peut invoquer le bénéfice de la cession des biens; car il compète au fils de famille eu égard à ses pécules [5]. Mais il est toujours requis que le débiteur soit devenu insolvable sans sa faute et par malheur; le trompeur, le banqueroutier de mauvaise foi et le dissipateur ne peuvent se mettre à l'abri de ce bienfait de la loi [6].

Les effets de la cession des biens sont les suivants :

1° Les biens cédés appartiennent aux créanciers qui peuvent les vendre pour se payer. Mais jusqu'au moment de la vente, le débiteur a le droit de revenir sur la cession, en payant les créanciers, ou en se défendant [7].

2° Le débiteur qui cède ses biens conserve

[1] Const. 8, C. VII, 71.

[2] Fr. 7, § 17-19; fr. 8, 9, 10, D. II, 14. — fr. 58, § 1, D. XVII, 1.

[3] Dig. XLII, 3.—Code, VII, 71. —Yssel de Scheper, *Diss. de cessione bonorum sec. juris romani et hodierni præcepta*. Lugd.-Bat. 1824.

[4] Fr. 9, D. XLII, 3. — Const. 6, C. VII, 71.

[5] Const. 7, C. VII, 71.

[6] Fr. 22, § 1; fr. 51, D. XLII, 1. — Cpr. fr. 63, § 7, D. XVII, 2. — fr. 37, § 1, D. IV, 4.

[7] Fr. 3, 5, D. XLII, 3. — Const. 2, 4, C. VII, 71.

son honneur intact et se libère de toute contrainte par corps [1].

3° Il reste, à la vérité, obligé envers ses créanciers en tant qu'ils n'ont pas été intégralement payés sur les biens cédés, mais il ne peut être actionné par eux, que lorsqu'il a de nouveau acquis quelque fortune (*modicum quid*), et alors encore la loi lui reconnaît le *beneficium competentiæ* [2]. Il peut opposer ce bénéfice, quant aux biens nouvellement acquis, à tous les créanciers qui avaient cette qualité à l'époque de la cession, dans le cas où il n'aurait cédé ses biens qu'à quelques-uns de ses créanciers qui lui étaient connus ou qui étaient présents [3].

B. La cause de l'ouverture du concours peut résider dans la demande des créanciers, lorsque leur nombre et leurs créances sont tellement élevés qu'il devient probable que les biens du débiteur sont insuffisants, et que celui-ci ne veut pas consentir à la cession. Dans ce cas, le concours est ordonné par le juge et il a pour conséquence d'opérer une *missio creditorum in bona debitoris*.

C. Enfin, le juge peut d'office ordonner l'ouverture du concours, s'il existe une cause particulière; par exemple, lorsque le débiteur offre de faire une cession judiciaire de biens, ou lorsqu'il est en fuite, ou lorsqu'une succession vacante est poursuivie par un si grand nombre de créanciers, qu'il devient évident que les biens sont insuffisants pour les payer tous.

§ 768. II. *De l'aliénation faite en fraude des créanciers.*

En droit romain, le débiteur quoique insolvable, conservait la faculté de disposer de ses biens avant la cession ou avant l'envoi des créanciers en possession; il y a plus, les aliénations faites au préjudice des créanciers étaient valables d'après la rigueur du droit civil et ils ne pouvaient les attaquer. Néanmoins, le préteur établit le principe suivant : lorsqu'un débiteur déjà insolvable ou qui le devient par l'aliénation qu'il se propose de faire, aliène ses biens dans l'intention frauduleuse de nuire à ses créanciers, ceux-ci ou le curateur des biens peuvent, en leur nom, demander la rescision de cette aliénation; ils peuvent alors revendiquer la chose comme n'ayant pas été livrée, et, par suite, comme n'ayant pas cessé d'appartenir à leur débiteur; ils peuvent aussi exiger de l'acquéreur des dommages-intérêts [4]. L'action qui leur compète à cette fin s'appelle, du nom du préteur qui l'a introduite, *action Paulienne* (*actio Pauliana*) et appartient aux actions en restitution du droit prétorien [5].

Pour pouvoir être intentée, cette action est soumise aux conditions suivantes :

1. L'aliénation doit avoir été faite avant la cession ou avant l'envoi des créanciers en possession des biens du débiteur, car autrement l'aliénation est nulle de plein droit.

2. L'aliénation doit être de nature à diminuer les biens que le débiteur a déjà acquis. Ainsi, lorsqu'il refuse simplement un gain qu'il aurait pu faire, cette action ne peut être accordée [6].

3. L'aliénation doit avoir été faite dans l'intention frauduleuse de nuire à ses créanciers (*fraudationis causa*). Il faut en général admettre la fraude et le dol du débiteur lorsque, connaissant son insolvabilité, il fait cependant sciemment et à dessein une aliénation dans le but de nuire à ses créanciers; néanmoins, pour que l'action soit fondée, la complicité de fraude (*conscientia fraudis*) doit exister dans le chef de celui avec lequel le débiteur a contracté, lorsque l'aliénation est *onéreuse*; lorsqu'au contraire elle est *lucrative*, c'est-à-dire lorsqu'elle est une donation pure, il est indifférent que l'acquéreur soit ou non complice de la fraude [7]. L'action Paulienne n'est pas applicable, lorsque l'aliénation consiste en ce que le débiteur, quoique déjà insolvable, paie avant l'ouverture du concours, à un de ses créanciers une dette exigible [8], et lors même

[1] Const. 1, C. VII, 71. — Const. 11, C. II, 12.
[2] § 40, J. IV, 6. — fr. 4, 6, 7, D. XLII, 3.
[3] Fr. 4, § 1, ibid.
[4] Dig. XLII, 8. — § 6, J. IV, 6. — Code, VII, 75. — Doneau, *Comm. jur. civ.* XV, 41. — Mencke, *Diss. de actione Pauliana*; dans ses *Opusc.* n° 9. — Frick, *De revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminenti aut moto concursu.* Helmst. 1777. — Havnlein, *De actionis Paulianæ natura, requisitis et usu forensi.* Onoldi, 1785. — Trip, *De actione Pauliana.* L.-B. 1829.

[5] On ne rencontre l'action qu'une seule fois sous ce nom, au fr. 38, § 4, D. XXII, 1, et chez Théophile, sur le § 6, J. IV, 6. Ailleurs elle s'appelle simplement *actio in factum*. Dig. XLII, 8.
[6] Fr. 6, pr. § 1-3, D. XLII, 8. — Const. 2, 3, C. VII, 75. — Arg. fr. 28, pr. D. L, 16. Le fisc seul peut l'intenter dans ce cas, mais seulement à son profit. fr. 45, pr. D. XLIX, 14.
[7] Fr. 1, pr. § 2; fr. 6, § 8, 11; fr. 17, § 1, D. XLII, 8. — Const. 5, C. VII, 75.
[8] Fr. 6, § 6, 7; fr. 10, § 16; fr. 24, D. XLII, 8. —

que d'autres créanciers l'auraient primé dans l'ordre. Mais l'action Paulienne peut être intentée lorsque le débiteur paie, avec intention frauduleuse avant les autres créanciers, une dette non liquide ou non encore exigible, ou conditionnelle, avant l'avénement de la condition ; ou bien lorsque, dans l'intention de tromper les autres créanciers, il accorde encore à l'un d'eux qui a connaissance de cette fraude, un droit de gage ou d'hypothèque [1].

§ 769. III. Actio Pauliana *et* Interdictum fraudatorium.

Dans tous les cas où l'action Paulienne est fondée à cause d'une aliénation faite en fraude des créanciers, elle peut être intentée :

1. Par ceux d'entre eux quo cet acte a lésés, ainsi que par le curateur aux biens, en leur nom [2]; mais elle ne compète pas au débiteur lui-même [3].

2. Elle ne peut, en général, être intentée que contre la personne avec laquelle le débiteur a contracté et, dans le cas où l'aliénation est une donation pure, sans distinguer si cette personne était de bonne ou de mauvaise foi ; mais dans le cas d'une aliénation onéreuse, alors seulement que l'acquéreur versait dans la mauvaise foi [4]. Elle ne peut être dirigée contre le tiers possesseur de la chose aliénée, que dans le cas où il était de mauvaise foi en acquérant la chose [5].

3. L'action Paulienne a pour but d'annuler l'acte et de faire restituer la chose avec tous ses accessoires. Le défendeur de mauvaise foi est tenu de tous les fruits, même de ceux qu'il aurait pu percevoir, et lorsqu'il ne peut restituer la chose avec les fruits, il doit rendre *omne quod interest* [6]. Le défendeur de bonne foi, au contraire, doit également restituer la chose, s'il la possède encore, avec les fruits qui étaient pendants au moment do l'acquisition et ceux qu'il a perçus depuis l'introduction de l'action ; mais autrement il n'est tenu que pour autant qu'il est devenu plus riche [7].

4. La durée de l'action est, en droit romain, d'une année utile [8]. Ce délai écoulé, elle ne peut être intentée contre le défendeur que pour autant qu'il s'est enrichi par le dol du débiteur [9].

5. Dans les cas où les créanciers sont fondés à invoquer l'action Paulienne, ils ont en outre l'*interdictum fraudatorium* qui tend à les faire entrer en possession de la chose aliénée ; cet interdit leur compète contre celui qui a reçu la chose du débiteur [10].

CHAPITRE III.

DES EFFETS DE L'OUVERTURE DU CONCOURS.

§ 770. I. *Quant au débiteur.*

L'ouverture du concours prive le débiteur de la faculté de disposer librement de ses biens, de sorte que *toute* aliénation qu'il fait, dès ce moment, est nulle et peut être attaquée au moyen de l'action en nullité, par les créanciers ou par le curateur aux biens, contre l'acquéreur des choses aliénées et même contre le tiers possesseur de bonne foi [11]. Cette action, qui tient entièrement de la nature de la *rei vindicatio* et de la *condictio sine causa* est bien plus avantageuse pour les créanciers que l'action Paulienne; en effet :

---

fr. 15, D. XV, 1. Ceci ne s'étend pas à la *datio in solutum*, qui n'est en réalité autre chose qu'une aliénation d'une chose, faite dans le but de satisfaire le créancier et basée sur un accord particulier. fr. 4, § 31, D. XLIV, 1. — fr. 24, pr. D. XIII, 7. — Const. 4, C. VIII. 45. — Const. 9, C. IV. 44. cpr. avec le fr. 2, § 1, D. XII, 1. — Const. 16, C. VIII, 43.

[1] Fr. 6, § 6; fr. 22, D. XLII, 8.

[2] Fr. 1, pr. D. XLII, 8.

[3] D'après la règle générale établie au fr. 17, D. XXI, 2. — Const. 11, C. VIII, 45.

[4] Fr. 1, pr. § 2; fr. 6, § 8, 11; fr. 17, § 1, D. XLII, 8. — Const. 5, C. VII, 75.

[5] Fr. 9, D. XLII, 8. Le fisc seul peut également l'intenter contre le tiers possesseur de bonne foi, sans distinguer s'il a acquis la chose à titre lucratif ou à titre onéreux. fr. 45, pr. D. XLIX, 14.

[6] Fr. 10, § 19-22, D. XLII, 8.

[7] Fr. 6, § 11; fr. 25, § 4, D. ibid.

[8] Fr. 1, pr.; fr. 6, § 14, D. ibid.

[9] Fr. 10, § 24, D. ibid.

[10] Fr. 67, § 1, D. XXXVI, 1. — fr. 96, pr. D. XLVI, 3.

[11] Le paiement fait par le débiteur à un créancier est également nul et celui-ci doit restituer ce qu'il a reçu. fr. 5, § 7, D. XLII, 8.

1. Il importe peu que le débiteur ait eu l'intention de frustrer ses créanciers.

2. Il n'est pas nécessaire non plus que le premier ou le second acquéreur de la chose ait versé dans la mauvaise foi.

3. Sa durée est de trente ans à partir du moment de l'aliénation ; mais, de même que l'action Paulienne, elle n'est pas donnée contre un gain que le débiteur a refusé de faire et que l'on ne peut, en général, considérer comme une aliénation [1].

§ 771. II. *Quant aux créanciers.*

L'ouverture du concours fait passer tous les biens présents et actifs du débiteur entre les mains des créanciers, en tant qu'il jouissait de la libre faculté d'en disposer, et pour qu'ils les aliènent et se paient selon les dispositions de la loi et avec l'autorisation du juge. Il s'ensuit :

1. Que les créanciers qui entrent dans les biens du débiteur ne peuvent être considérés comme successeurs universels, mais seulement comme successeurs particuliers, car ils ne succèdent qu'à la totalité des biens actifs et non aux dettes du débiteur.

2. Qu'ils acquièrent, en succédant aux droits actifs de leur débiteur, le droit de recouvrer, tant par action réelle que par action personnelle, toutes les choses qui lui appartiennent et qui se trouvent entre les mains d'autrui, et notamment les créances qu'il a à prétendre [2].

3. Que les droits actifs du débiteur passent aux créanciers tels qu'il les avait lui-même, et que les créanciers ne peuvent par conséquent avoir sur des tiers plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Il résulte de là :

a) Que celui qui, avant l'ouverture du concours, jouissait déjà d'un droit de rétention sur la chose du débiteur, peut le faire valoir après l'ouverture du concours, contre les créanciers, jusqu'à ce que ceux-ci l'aient payé [3], à moins que les créanciers n'aient le droit d'exiger qu'il rende la chose, au moyen de l'action hypothécaire ; mais dans ce cas même, ils sont tenus de lui rembourser les impenses nécessaires et utiles qu'il a faites pour la chose [4].

b) Que le créancier gagiste qui est tenu, à la vérité, de produire sa créance lors du concours, n'est cependant pas obligé d'apporter à la masse la chose, objet de son gage et qui se trouve dans sa possession, lorsqu'il n'est pas immédiatement payé [5], à moins que d'autres créanciers ne jouissent sur la chose d'un droit de gage ou d'hypothèque préférable au sien; par exemple, lorsqu'un ou plusieurs autres créanciers ont une hypothèque plus ancienne et privilégiée sur la totalité des biens du débiteur [6].

c) Que le débiteur du débiteur commun, qui pouvait *avant* l'ouverture du concours opposer une compensation, peut également faire valoir son droit contre les créanciers, *après* l'ouverture du concours.

Les biens du débiteur passent, après l'ouverture du concours, entre les mains de la totalité des créanciers et forment pour tous un objet commun sur lequel ils doivent être payés. Sous ce rapport, il existe entre les créanciers une communauté : *communio incidens.* Il s'ensuit :

1. Qu'ils délibèrent et prennent en commun des résolutions sur les mesures à adopter quant aux biens; néanmoins, la majorité des voix suffit pour prendre une résolution qui, dans ce cas, doit être judiciairement confirmée [7].

2. Que, dès ce moment, aucun des créanciers ne peut se faire payer à lui seul sur les biens du débiteur, mais que chacun d'eux doit chercher et attendre son paiement par le concours. Chaque créancier doit donc rendre à la masse commune ce qu'il pourrait avoir reçu sur les biens du débiteur, depuis l'ouverture du concours [8].

---

[1] Fr. 28, pr. D. L, 16.
[2] Van der Burgh, *Diss. de jure creditorum exercendi jura et actiones suorum debitorum.* L.-B. 1826.
[3] Fr. 13, § 8, D. XIX, 1. — fr. 22. D. XVIII, 4.
[4] Fr. 29, § 2, D. XX, 1. — fr. 44, § 1, D. XXXIX, 2.
[5] Fr. 6, pr. D. XIII, 7. — fr. 15, § 5, D. XLII, 1, et arg. const. 15, C. III, 32.
[6] Fr. 13, § 1, D. XX, 1. — fr. 12, pr. § 10, D. XX, 4.—Const. 6, C. VIII, 18.— Const. 9, C. VIII, 17.
[7] Fr. 8, § 4 ; fr. 15, pr. D. XLII, 5. — fr. 2, pr. D. XLII, 7. — fr. 7, § 19; fr. 8; fr. 9, pr. D. II, 14.
[8] Fr. 6, § 6, 7; fr. 10, § 16, D. XLII, 8.

CHAPITRE IV.

DE LA MASSE.

§ 772. *De la formation de la masse.*

Dès que le concours est ouvert, tous les biens présents et actifs du débiteur doivent être réunis, sous la surveillance et la conduite du juge, pour la formation et la fixation de la masse, et ils doivent être administrés.

La masse comprend tout ce qui appartient aux biens disponibles du débiteur au moment de l'ouverture du concours, et ce qui peut contribuer au paiement des créanciers; ensuite, tous les fruits des biens acquis du débiteur, et enfin tout ce qu'il acquiert pendant la durée du concours. Cependant le créancier qui a fait usage de la cession des biens, profite du *beneficium competentiæ* quant aux biens nouvellement acquis après l'ouverture du concours et même pendant le concours.

Sont exclus de la masse :

a) Toutes les successions, les legs et les donations simplement déférés au débiteur avant ou après l'ouverture du concours, mais non encore acquis par lui [1].

b) Les vêtements journaliers du débiteur et ceux de sa famille, de même que les meubles nécessaires à ses besoins [2].

c) Les marques d'honneur décernées au débiteur [3].

d) La dot de la femme du débiteur, parce que celle-ci a le droit de répéter la dot, même pendant le mariage, lorsque le mari tombe en déconfiture, et de revendiquer les biens dotaux encore existants [4].

e) Toutes les choses qui n'appartiennent pas au débiteur quoique se trouvant dans sa possession; par exemple, les choses à lui prêtées ou déposées chez lui, et notamment les pécules des enfants, en tant qu'ils leur appartiennent en propriété; car le pécule profectice du fils appartient à la masse, comme propriété du père.

[1] Fr. 6, pr. § 1-5, D. XLII, 8. — Const. 2, 3, C. VII, 75. — Cpr. fr. 7, § 17, D. II, 14.
[2] Arg. fr. 6-8, D. XX, 1.
[3] Fr. 29, D. XLII, 5.
[4] Const. 29, 30, C. V, 12.
[5] Dig. XLII, 7.

§ 773. *De l'administration de la masse.*

La masse est administrée par un curateur particulier qui remplit ses fonctions sous la surveillance du juge : il est appelé *curateur aux biens* [5], et administre de la manière suivante :

1. Il est nommé par les créanciers à la pluralité des voix et confirmé par le juge; en cas de contestation entre les créanciers, le juge le nomme directement [6].

2. Quiconque peut en général devenir curateur et possède une connaissance suffisante de l'affaire, est capable d'être curateur de la masse; aucune connaissance du droit n'est requise. Un des créanciers peut devenir curateur [7], mais jamais le débiteur lui-même.

3. Le curateur prête serment et est tenu de donner caution soit par fidéjusseurs, soit par gage ou hypothèque [8].

4. Les devoirs que le curateur aux biens a à remplir sont en général les mêmes que ceux de tout administrateur, et notamment il est tenu :

a) De faire procéder à un inventaire exact.

b) D'administrer les biens de la manière la plus avantageuse, et il doit, sous ce rapport, se conformer aux conseils et au consentement des créanciers.

c) De faire auprès du juge les démarches nécessaires pour parvenir à la vente des choses appartenant à la masse.

d) De chercher à compléter la masse; de répéter à cette fin les choses du débiteur qui se trouvent dans des mains étrangères, et de faire rentrer les créances.

e) D'attaquer, au moyen de l'action Paulienne ou de l'action en nullité, les aliénations faites par le débiteur en fraude des droits des créanciers.

f) Enfin, de rendre compte de son administration, et sous ce rapport, il est responsable du dol, de la faute et de la *diligentia quam in suis rebus*.

[6] Fr. 8, § 4; fr. 15, pr. D. XLII, 5. — fr. 2, pr. D. XLII, 7.
[7] Fr. 2, § 4, D. XLII, 7.
[8] Car la masse n'a pas contre lui d'hypothèque légale sur ses biens, ni de *privilegium exigendi*, fr. 22, § 1, D. XLII, 5.

CHAPITRE V.

DES CRÉANCIERS ADMIS AU CONCOURS.

§ 774. *Notion.*

Les créanciers admis au concours sont en général tous ceux qui, par un motif quelconque, ont des droits à exercer sur la masse. Dans un sens plus restreint, ce sont les créanciers qui ont des prétentions personnelles à faire valoir contre le débiteur commun et qui réclament la priorité les uns sur les autres. Ces derniers sont seuls tenus de concourir et d'attendre leur paiement d'après les dispositions de la loi. Il faut distinguer des créanciers admis au concours, dans le sens restreint, les créanciers revendiquants, les séparatistes et les créanciers de la masse.

§ 775. I. *Des créanciers revendiquants.*

On appelle en général créanciers revendiquants (ou séparatistes *ex jure dominii*), tous ceux qui peuvent poursuivre, au moyen d'une action réelle, leur propriété ou un *jus in re* sur des choses comprises dans la masse. Ils ont le droit d'exiger que la chose soit retirée de la masse, ils ne sont pas tenus de prendre part au concours et sont préférés à tous les créanciers, même privilégiés, quant à la chose qu'ils poursuivent. Ceci repose sur le principe que les choses qui appartiennent réellement aux biens du débiteur et en tant qu'elles y appartiennent, sont seules sujettes à faire partie de la masse [1]. Aux créanciers revendiquants appartiennent :

A. Ceux qui peuvent poursuivre, au moyen de l'action en revendication, la *propriété* de choses individuelles qui font partie de la masse. Tels sont les cas suivants :

1. Lorsque le débiteur a acquis la chose de celui qui n'en était pas propriétaire, ou lorsqu'il l'a détournée au vrai propriétaire, ou lorsque celui-ci la lui a simplement prêtée ou donnée en dépôt.

2. Lorsque le débiteur a, à la vérité, acheté la chose du véritable propriétaire, qui lui en a également fait tradition, mais sans lui transférer la propriété, parce qu'il n'a ni reçu ni crédité le prix d'achat [2].

3. Lorsque la chose a été donnée à crédit, mais que le vendeur s'en est expressément réservé la propriété jusqu'au paiement ; il en est autrement lorsque le dol du débiteur a été la cause du crédit et par conséquent de la translation de la propriété [3].

4. La femme mariée a le droit de revendiquer de la masse ses biens dotaux et paraphernaux qui existent encore en nature [4].

5. Enfin, beaucoup d'auteurs donnent ce droit à toutes les personnes qui ont le privilége de poursuivre, par l'action utile en revendication, et comme leur propriété, les choses achetées d'un autre avec leur propre argent, lorsqu'elles ne peuvent être payées d'une autre manière. Tels sont les pupilles, quant aux choses que le tuteur a achetées pour lui-même avec leur argent [5]; les églises et les établissements de bienfaisance, dont les préposés et administrateurs ont acheté des choses pour eux, avec les fonds de l'église [6] ; enfin, les soldats quant aux choses qu'un tiers a achetées pour eux, avec leur pécule castrense [7].

B. L'héritier qui, ayant fait adition, peut, par la pétition d'hérédité, faire valoir son droit de succession contre le débiteur, possesseur *pro herede* ou *pro possessore*, est également admis à intenter cette action contre les créanciers qui concourent, et à revendiquer la succession de la masse dans laquelle elle est comprise.

C. Celui qui a sur les choses du débiteur une servitude, une emphytéose ou un droit de superficie. Il peut poursuivre son droit contre quiconque, par l'action confessoire ou par une action réelle utile, par conséquent aussi contre les créanciers admis au concours.

D. Celui qui a sur la chose comprise dans la masse un droit d'hypothèque qui ne lui a pas été concédé par le débiteur, mais par le propriétaire antérieur de la chose et avant qu'elle n'ait appartenu au débiteur [8]; mais il

[1] Const. 3, C. VII, 71. — Const. 1, C. VII, 73.

[2] § 41, J. II, 1. — fr. 39, 53, D. XVIII, 1. — fr. 11, § 2, D. XIX, 1.

[3] Const. 10, C. IV, 44.

[4] Const. 29, 30, C. V, 12.

[5] Fr. 2, D. XXVI, 9. — Const. 2, C. V, 39. — Const. 3, C. V, 51. — Const. 6, C. VII, 8.

[6] Arg. cap. 1-3, X, 1, 41. — Clem. 2, *de relig. dom.* — Clem. un. *de in intergr. rest.*

[7] Const. 8, C. III, 32.

[8] Surtout à cause du fr. 54, D. L, 17. — Const. 12, C. VIII, 28.

est requis que, lors de la translation de la chose au débiteur par le propriétaire précédent, le créancier hypothécaire ne soit pas devenu, quant à cette chose, créancier personnel du débiteur, au moyen d'une novation. Ainsi, lorsqu'il n'y a pas eu de novation, il a le droit de revendiquer de la masse, par l'action hypothécaire, la chose qui lui a été hypothéquée par le propriétaire antérieur; il n'est pas tenu de concourir, par la raison qu'il n'est pas créancier du débiteur commun.

§ 776. II. *Des séparatistes.*

On entend par séparatistes, dans le sens propre du mot (séparatistes *ex jure crediti*), les créanciers personnels du débiteur commun qui, par un motif particulier, ont le droit de demander qu'une partie des biens du débiteur soit séparée de la masse, et que leur créance soit acquittée sur cette partie des biens, à l'exclusion de tous les autres créanciers; aucune question de priorité ne peut donc s'élever entre eux et les autres créanciers, quant à la partie des biens dont ils demandent la séparation.

Ceux qui ont le droit d'exiger la séparation sont :

A. Les créanciers et les légataires d'un défunt dont l'héritier est le débiteur commun. Ils ont le droit de demander que les biens du défunt soient séparés de ceux de l'héritier (devenu le débiteur commun) et exclusivement réservés à leur paiement [1].

1. Ce bénéfice de séparation compète aux créanciers de la succession, et s'il reste des biens après qu'ils ont été payés, les légataires du défunt profitent également de ce bienfait de la loi [2].

2. Il est surtout avantageux aux créanciers chirographaires de la succession, car ils priment même ceux auxquels l'héritier ou le débiteur commun a donné un droit d'hypothèque sur les biens de la succession [3].

3. Les créanciers sont tenus de demander la séparation endéans les cinq ans depuis l'adition de la succession [4].

4. Lorsqu'ils ont demandé et obtenu la séparation, ils ne peuvent, en général, plus rien prétendre sur les biens propres du débiteur [5].

5. Les créanciers de la succession ne peuvent plus demander la séparation lorsque, de quelque manière que ce soit ils ont reconnu comme leur débiteur l'héritier qui a fait adition.

6. Le bénéfice de séparation ne compète qu'aux créanciers de la succession et nullement à ceux de l'héritier lui-même [6].

B. Ceux qui ont contracté avec un fils de famille relativement à son pécule castrense, peuvent demander le paiement de leur créance sur ce pécule, de préférence aux autres créanciers qui ont contracté avec lui avant qu'il devînt soldat, ou qui, par un motif quelconque, peuvent exercer leur droit contre le père du débiteur [7].

C. Lorsqu'un esclave a exercé deux commerces différents pour son maître, les créanciers de l'un ou de l'autre des commerces ont le droit d'exiger, par l'*actio tributoria*, que les marchandises en soient réservées à leur paiement exclusif [8].

§ 777. III. *Des créanciers de la masse.*

Les créanciers de la masse sont ceux qui ont des droits à faire valoir sur la masse elle-même, après en avoir ôté ce qui doit en être séparé soit *ex jure dominii*, soit *ex jure debiti*. Aux créanciers de la masse appartiennent tous ceux dont le droit dérive d'une charge ou d'une dette qui affecte la masse comme telle.

§ 778. IV. *Des créanciers admis au concours, dans le sens restreint.*

Les créanciers qui concourent, dans le sens restreint, sont ceux qui, déjà avant l'ouverture du concours, ont des prétentions personnelles à exercer contre le débiteur commun et qui, dans le concours même, se priment les uns les autres, pour être payés sur la masse.

A. Sont néanmoins exclus du concours :

1. Les créances entièrement réprouvées.

2. Les obligations naturelles, parce que tous ceux qui ont quelque chose à prétendre

[1] Dig. XLII, 6. — Dyckmeester, *Diss. de separatione bonorum sec. princ. jur. rom.* L.-B. 1823. — Hiddinga, *De prætore auxilium separationis creditoribus præstante*. Groen. 1823.

[2] Fr. 6, D. XLII, 6.

[3] Fr. 1, § 3, D. ibid.

[4] Fr. 1, § 13 ibid.

[5] Fr. 1, § 17; fr. 3, § 1, 2; fr. 5, D. ibid.

[6] Fr. 1, § 2, D. ibid. Excepté lorsque le débiteur commun a accepté la succession par dol, à leur préjudice. fr. 1, § 5, 6, 8, D. ibid.

[7] Fr. 1, § 9, D. ibid. — Cpr. fr. 7, D. XLIX, 17.

[8] Fr. 5, § 15, 16, D. XIV, 4.

sur la masse sont considérés comme demandeurs.

3. Les créances qui proviennent de simples faits du débiteur, par exemple, pour louage d'ouvrage (*ex locatione operarum*), car le concours ne comprend que les biens.

4. Les demandes d'aliments et de dotation des enfants du débiteur, ainsi que le douaire de la veuve, parce que ces créances ne peuvent être exercées que contre un débiteur qui est dans l'aisance et parce que le débiteur commun doit être considéré comme indigent dès l'ouverture du concours.

5. Tous les créanciers qui renoncent entièrement à leur créance, ou qui déclarent se retirer de la masse présente.

6. Toutes les dettes que le débiteur a contractées après l'ouverture du concours, parce que, dès ce moment, il ne pouvait plus grever la masse.

B. Toutes les autres créances profitent du concours, quelle que soit la cause qui les a produites, peu importe qu'elles aient pour but l'exécution ou la rescision d'un acte, que le débiteur commun soit débiteur principal ou seulement fidéjusseur.

CHAPITRE VI.

DE LA PRIORITÉ ENTRE LES CRÉANCIERS.

§ 779. I. *Généralités.*

La masse ne suffisant pas, en général, au paiement intégral de tous les créanciers, il importe beaucoup de déterminer l'ordre dans lequel chaque créancier doit être satisfait. En mettant de côté les créanciers revendiquants, les séparatistes et les créanciers de la masse, ceux qui prennent réellement part au concours doivent être divisés en cinq classes :

1. Les créanciers privilégiés, sans distinction s'ils ont un droit de gage ou d'hypothèque, ou s'ils n'en ont pas.

2. Les créanciers jouissant d'hypothèques privilégiées.

3. Les créanciers hypothécaires.

4. Les créanciers sans gage ni hypothèque, mais pourvus d'un *privilegium exigendi* contre les créanciers chirographaires.

5. Enfin, les créanciers chirographaires et tous les autres. Le principe général est : tant que la classe précédente n'est pas intégralement payée, la suivante ne peut rien recevoir. La priorité entre les créanciers de la même classe sera indiquée sous chacune d'elles.

§ 780. II. *Première classe.*

Aux créances entièrement privilégiées appartiennent :

1. Les frais funéraires du débiteur [1].

2. Les frais de la dernière maladie à laquelle le débiteur a succombé.

3. Les salaires des gens de service.

§ 781. III. *Deuxième classe.*

Après le paiement intégral des créanciers absolument privilégiés, viennent ceux qui ont une hypothèque privilégiée. Les uns jouissent d'une hypothèque légale privilégiée, les autres d'une hypothèque privilégiée conventionnelle. Nous avons déjà parlé de leur priorité §§ 334-336, et il ne nous reste qu'à faire observer que les créanciers hypothécaires spécialement privilégiés ne peuvent poursuivre leur privilège que pour autant que la chose qui leur est hypothéquée suffit à leur paiement.

§ 782. IV. *Troisième classe.*

En troisième lieu viennent les simples hypothèques, sans distinction entre celles qui sont légales et conventionnelles, et en général la plus ancienne prime la subséquente. Quant aux exceptions à cette règle, et en général quant à l'ordre des simples hypothèques, v. les §§ 333, 337.

§ 783. V. *Quatrième classe.*

A cette classe appartiennent les créanciers chirographaires privilégiés, c'est-à-dire ceux qui ont sur les autres créanciers chirographaires

[1] Fr. 14, § 1; fr. 45, D. XI, 7.

un *privilegium exigendi*. En droit romain, ce privilége compétait à un grand nombre de personnes, principalement à celles qui, plus tard, obtenaient une hypothèque privilégiée. Ce sont surtout le fisc [1], le prince et la princesse [2], les villes [3], la femme mariée et la fiancée pour la dot [4], ceux dont les biens sont administrés par un curateur, pour autant qu'ils n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de ce dernier; ainsi, les prodigues et les personnes malades et faibles [5]; ensuite celui qui a fourni l'argent pour l'achat, la construction ou l'amélioration d'un immeuble, ou qui a fait crédit du prix d'achat, sans se réserver d'hypothèque sur la chose [6]; celui qui a déposé, sans intérêt, de l'argent chez un banquier *argentarius*) [7].

§ 784. VI. *Cinquième classe.*

Toutes les autres créances dont nous n'avons pas fait mention dans une des classes précédentes, appartiennent à la cinquième et sont payées au marc le franc (*prorata*) sur le reste de la masse [8]. Ce n'est qu'après le paiement intégral de tous les créanciers que le fisc est admis au paiement des amendes pour délits commis par le débiteur, et que les légataires du débiteur décédé peuvent faire valoir leurs droits [9].

[1] Fr. 10, pr. D. II, 14. — fr. 8, pr. D. XLIX, 14.
[2] Fr. 6, § 1, D. XLIX, 14.
[3] Fr. 38, § 1, D. XLII, 5.
[4] Fr. 17, § 1, D. XLII, 5. — Fr. 74, D. XXIII, 3. — Const. un. C. VII, 74.
[5] Fr. 19-23, D. XLII, 5.
[6] Fr. 26, 34, D. XLII, 5.
[7] Fr. 7, § 2, 3; fr. 8, D. XVI, 3. — fr. 24, § 2, D. XLII, 5.
[8] Const. 1, C. VII, 72.
[9] Const. un. C. X, 7. — Const. 15, C. VI, 37.

FIN.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION.

SECTION PREMIÈRE.

IDÉES GÉNÉRALES DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE.

SECTION II.

HISTOIRE DES SOURCES DU DROIT ROMAIN.

SECTION III.

DESTINÉE DU DROIT ROMAIN APRÈS JUSTINIEN.

SECTION IV.

DE L'INTRODUCTION DU DROIT ROMAIN EN ALLEMAGNE, ET DE L'USAGE QU'ON EN FAIT DE NOS JOURS.

SECTION V.

DES COLLECTIONS DES SOURCES DU DROIT ROMAIN. — DU CORPUS JURIS CIVILIS; DE SES PARTIES ET DE SES DIFFÉRENTES ÉDITIONS.

SECTION VI.

DES DIFFÉRENTES MÉTHODES D'ENSEIGNEMENT ET DE LA BIBLIOGRAPHIE DU DROIT ROMAIN.

INSTITUTES DU DROIT ROMAIN.

PARTIE GÉNÉRALE.

SECTION PREMIÈRE.

IDÉES GÉNÉRALES DU DROIT CHEZ LES ROMAINS.

SECTION II.

DES PERSONNES.

CHAPITRE PREMIER.

DES PERSONNES PHYSIQUES.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES JURIDIQUES.

SECTION III.

DES CHOSES.

SECTION IV.

DES DROITS ET DE LEUR POURSUITE.

CHAPITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE II.

DES DROITS PARTICULIERS ET DES PRIVILÈGES.

CHAPITRE III.

DES ACTIONS ET DES EXCEPTIONS.

CHAPITRE IV.

DES INTERDITS, *Missiones* ET RESTITUTIONS.

PARTIE SPÉCIALE.

LIVRE PREMIER.

DES DROITS RÉELS.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA POSSESSION.

—

TITRE PREMIER.

De la possession en général.

TITRE II.

Des interdits et de la dénonciation de nouvel œuvre.

CHAPITRE II.

DE LA PROPRIÉTÉ.

—

TITRE PREMIER.

De l'idée et de la nature de la propriété.

LIVRE II.

DES OBLIGATIONS.

SECTION PREMIÈRE.

NOTIONS GÉNÉRALES.

SECTION II.

DES CAUSES DES OBLIGATIONS.

TITRE PREMIER.

Des obligations qui naissent comme d'un contrat.

TITRE II.

Des obligations qui naissent comme d'un délit.

TITRE III.

De diverses autres obligations.

SECTION III.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS DE PLEIN DROIT.

CHAPITRE II.

DE L'EXTINCTION DES OBLIGATIONS PAR VOIE D'EXCEPTION.

LIVRE III.

DES DROITS DE FAMILLE.

SECTION PREMIÈRE.

DU MARIAGE.

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NOTION ET DE LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

SECTION II.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

SECTION III.

DE LA TUTELLE ET DE LA CURATELLE.

LIVRE IV.

DU DROIT DE SUCCESSION.

SECTION PREMIÈRE.

NOTIONS PRÉLIMINAIRES GÉNÉRALES.

SECTION II.

DE LA DÉLATION DE LA SUCCESSION.

Pages.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ORDRE DE SUCCESSION AB INTESTAT.

—

TITRE PREMIER.

Principes généraux du droit de Justinien.

TITRE II.

De la succession ab intestat *en particulier.*

CHAPITRE II.

DE L'ORDRE DE SUCCESSION TESTAMENTAIRE.

TITRE PREMIER.

De la capacité de tester.

TITRE II.

De la forme des testaments.

TITRE III.

Du contenu des testaments.

SECTION III.

DE L'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

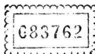
SECTION IV.

DES LEGS ET DES FIDÉICOMMIS.

LIVRE V.

DU CONCOURS DES CRÉANCIERS.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.






60.2.35
BNC-FIRENZE



